



# AMBIENTE DIRITTO

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

## 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

RIVISTA IN CLASSE A - ANVUR

ISSN 1974-9562



9 771974 956204



AMBIENTE  
DIRITTO

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**

Inserita nell'area 12 delle 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; **Agatino Cariola** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania; **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; **Gian Paolo Dolso** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste; **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; **Saverio Regasto** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi di Brescia.

\*\*\*

### **COMITATO SCIENTIFICO:**

**Richard Albert** Full Professor in Constitutional Law at University of Texas at Austin; **Stefano Agosta** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina; **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; **Alfonso Celotto** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi "Roma Tre"; **Ginevra Cerrina Feroni** Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi di Bologna; **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; **Cologero Commandatore** Magistrato presso TAR Sicilia Palermo; **Emanuele Di Salvo** Presidente della quarta sezione penale della Corte di cassazione; **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; **Giancarlo Antonio Ferro** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Catania; **Fabrizio Fracchia** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano "Luigi Bocconi"; **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; **Lorenzo Ieva** Magistrato TAR Puglia - Bari - Dottore di ricerca in diritto pubblico dell'economia; **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** Professoressa Associata Diritto penale (IUS/17) Università degli Studi Roma Tre; **Ludovico Mazzaroli** 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; **Gracia Luchena Mozo** Professore Ordinario Universidad de Castilla-la Mancha; **Stefano Nespore** Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano; **Dante Flávio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administração, Universidade Estadual de Paraíba; **Marco Olivi** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia; **Gabriel Doménech Pascual** Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia; **Paolo Passaglia** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa; **Aristide Police** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo

(IUS/10) Università di Roma Tor Vergata; **Nicoletta Rangone** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma LUMSA; **Cecilia Ricci** Professoressa Associata di Storia Romana (L-ANT/03) Università degli Studi del Molise; **Maurizio Riverditi** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Torino; **Raffaele Guido Rodio** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Bari; **Roberto Romboli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pisa; **Tulio Raul Rosembuj** Professore Ordinario di Diritto Tributario IUS/12 (Universidad de Barcelona) e Prof. a contratto in LUISS; **Antonio Saitta** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Messina; **Ugo Salanitro** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania; **Giuliano Scarselli** Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile (IUS/15) Università degli Studi di Siena; **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; **Ernesto Sticchi Damiani** Professore emerito di Diritto Amministrativo Università del Salento; **Antonio Leo Tarasco** Professore Ordinario Abilitato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Dirigente MiBAC (Ministero Beni e Attività Culturali); **Fabrizio Tigano** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Messina; **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, Università degli Studi di Trieste); **Agostino Sola** (Praticante avvocato presso l'Avvocatura dello Stato); **Leo Stilo** (Cultore della materia in Diritto Amministrativo, già Direttore della Rivista *Il Nuovo Diritto*); **Luca Maria Tonelli** (Cultore della materia in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Foggia); **Giacomo Vivoli** (Professore a contratto 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*); **Maria Agostina Cabiddu** (*Politecnico di Milano*); **Marco Calabrò** (*Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Hilde Caroli Casavola** (*Università degli Studi del Molise*); **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*); **Valentina Cavanna** (*Università degli Studi di Torino*); **Marta Silvia 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 Martínez** (*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 Götzen** (*Università degli Studi di Trieste*); **Lorenzo De Gregoriis** (*Università degli Studi di Teramo*); **Viviana di Capua** (*Università di Napoli Federico II*); **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*); **Luigi Ferrara** (*Università degli Studi di Napoli Federico II*); **Biagio Giliberti** (*Universitas Mercatorum*); **Valentina Giomi** (*Università degli Studi di Pisa*); **Dimitri Giroto** (*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 Lecce** (*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 Patrino** (*Università degli Studi di Torino*); **Mauro Pennasilico** (*Università degli Studi di Bari Aldo Moro*); **Vincenzo Pepe** (*Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Alberto Pierobon** (*Consulente degli Enti in materia ambientale*); **Olivia Pini** (*Università degli Studi di Modena*); **Rolando Pini** (*Università degli Studi di Bologna*); **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 Toscana*); **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*); **Donato Vese** (*Università degli Studi di Torino*).



# AmbienteDiritto.it

## MISSION:

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

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

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

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



**AMBIENTE  
DIRITTO**

## INDICE GENERALE

|   |     |
|---|-----|
| <i>Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico</i> .....  | 2   |
| <i>GLI EFFETTI DELLA RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI</i> di Gianluca Trenta...  | 11  |
| <i>LA TUTELA DELL'AMBIENTE IN MAROCCO</i> di Vincenzo Pepe.....   | 26  |
| <i>A DIFFICULT BALANCE OF INTERESTS: the ILVA case reaches the European Court of Human Rights</i> di Ruggero Picone.....  | 38  |
| <i>RELAZIONI TRA CITTÀ E CAMPAGNA</i> di Marco Brocca .....   | 51  |
| <i>LA STRATEGIA «PLASTIC FREE» E I PRINCIPI DELLA DIRETTIVA EUROPEA 2019/904</i> di Luigi Colella.....  | 73  |
| <i>REGOLAZIONE DELL'ENERGIA ELETTRICA DA FONTE RINNOVABILE IN PARTICOLARE NEI TERRENI AGRICOLI</i> di Giovanna Marchianò .....                                    | 96  |
| <i>LE PROCEDURE "D'URGENZA" AL TEMPO DELLA PANDEMIA: ALCUNE RIFLESSIONI SUGLI ARTT. 63 E 163 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI</i> di Gianluigi Delle Cave        | 138 |
| <i>L'ISTITUZIONE DELLA CITTÀ METROPOLITANA</i> di Mario Tocci.....  | 158 |
| <i>IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA POLITICHE MIGRATORIE E TUTELA DELL'ORDINE PUBBLICO E SICUREZZA, NEL RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI</i> di Sillvio Quinzone..... | 172 |
| <i>LA (IPOTETICA) RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI DI FRONTE AL «NODO» DELLA LEGGE ELETTORALE: UN FINTO PROBLEMA</i> di Ludovico A. Mazzaroli.....           | 195 |
| <i>Autonomie locali e responsabilità</i> di Gabriella De Giorgi Cezzi .....   | 201 |
| <i>LUCI ED OMBRE NELL'ATTUAZIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA DA CORONAVIRUS</i> di Giovanna Marchianò.....   | 209 |
| <i>TECNICA E POLITICA TRA MEZZI E FINI NELL'EMERGENZA CORONAVIRUS</i> di Olivia Pini .....  | 236 |
| <i>LIBERTA' DI CIRCOLAZIONE ED EMERGENZA SANITARIA</i> di Gian Paolo Dolso .....  | 260 |
| <i>LE FEDERAZIONI SPORTIVE</i> di Antonio Saporito .....  | 290 |
| <i>AS FUNÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS E A REGRA DE EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO ITALIANA</i> di Salvatore Cimini.....                                    | 310 |
| <i>DIRIGENZA PUBBLICA ED ENTI LOCALI</i> di Francesco Fabrizio Tuccari.....   | 333 |
| <i>EVOLUTION AND ROLE OF TECHNOLOGY IN THE DEVELOPMENT OF THE SO CALLED "INTELLIGENT COMMUNITIES"</i> di Gianluigi Delle Cave.....                                | 355 |
| <i>LA C.D. "FISCALIZZAZIONE DELL'ABUSO EDILIZIO"</i> di Stefano De Rosa .....   | 379 |
| <i>L'AUTONOMIA LEGISLATIVA REGIONALE IN MATERIA DI CACCIA NEL RISPETTO DEGLI STANDARD STATALI DI PROTEZIONE DELLA FAUNA</i> di Giacomo Vivoli.....                | 391 |
| <i>IL PRINCIPIO DI SOSTENIBILITÀ</i> di Daniele Porena.....   | 419 |
| <i>PROFILI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO NELLA DISCIPLINA GIURIDICA DEI DRONI</i> di Giovanna Mastrodonato .....  | 436 |
| <i>LE RACCOMANDAZIONI DELLA SIAARTI DURANTE L'EMERGENZA SANITARIA COVID-19</i> di Camilla Della Giustina.....   | 477 |
| <i>IL "GERMANICUM" TRA LUCI E OMBRE</i> di Daniele Porena .....   | 506 |
| <i>MISURE DI SOSTEGNO A FAVORE DELLE MICRO, PICCOLE E MEDIE IMPRESE NEL CONTESTO DELLA PANDEMIA COVID-19</i> di Beatrice Bertarini.....                           | 519 |

|   |      |
|---|------|
| <i>PRIME NOTAZIONI SUL D.LGS. 116 DEL 2020 SUI RIFIUTI E SULL'ECONOMIA CIRCOLARE</i> di Alberto Pierobon .....  | 552  |
| <i>DEMOCRAZIA E SICUREZZA. PRECAUZIONE E VERITÀ</i> di Simone Budelli .....   | 562  |
| <i>M'ILLUMINO DI MENO: QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI PROFILI PENALI DELL'INQUINAMENTO LUMINOSO</i> di Giulia Minelli.....  | 597  |
| <i>IL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE E LE LINEE GUIDANELLE RECENTI SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA AMBIENTALE</i> di Chiara Ingenito.....               | 624  |
| <i>IL PROCEDIMENTO ALGORITMICO NELLE GARE PER L'AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: PROBLEMI E PROPOSTE</i> di Alessandro Venturi.....                                    | 653  |
| <i>GLI EFFETTI DELLE MODIFICHE SULLA DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ CONSULTIVA NELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO</i> di Antonio Mitrotti. ....                        | 683  |
| <i>ENTI LOCALI ED ECONOMIA CIRCOLARE</i> di Roberta Cadenazzi .....   | 697  |
| <i>SUI CRITERI DI APPLICAZIONE DELLA "TASSA" SUI RIFIUTI ALLE UNIVERSITÀ ED AGLI ORGANISMI DI RICERCA</i> di Giuseppina Lofaro .....                                      | 728  |
| <i>ACCESSO ALLA DIRIGENZA E A POSIZIONI ORGANIZZATIVE: IL PERIMETRO DEL REQUISITO DEL PUBBLICO CONCORSO</i> di Sandro de Götzen .....                                     | 757  |
| <i>CHE COS'È IL "DIRITTO ILLEGITTIMO"? CHE COS'È QUESTO MOSTRO? (note sul pensiero di Luigi Ferrajoli) IL DISASTRO AMBIENTALE</i> di Renato Federici.....                 | 772  |
| <i>IL DIRITTO DI ESSERE ASCOLTATO NEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI SANZIONATORI EX ART. 18 L. 689/1981: UN CAMBIO DI ROTTA NON PIÙ RINVIABILE</i> di Maria Difino .....    | 826  |
| <i>IL WHISTLEBLOW ING TRA INTELLIGENZA DELLA CORRUZIONE E CONOSCENZA DELLA (MAL)AMMINISTRAZIONE</i> di Francesco Fabrizio Tuccari .....                                   | 854  |
| <i>RIFORME DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA: LA RIPRODUZIONE DI SCHEMI SUPERATI?</i> di Enrico Conte.....   | 889  |
| <i>SPINTE AUTONOMISTE, ESIGENZE DI TUTELA DELLA SALUTE E CONTENIMENTO DELLA SPESA PUBBLICA: RECENTI SVILUPPI IN TEMA DI EQUIVALENZA TERAPEUTICA</i> di Michele Sala ..... | 898  |
| <i>Considerazioni generali sul «semplificare» ... ma all'italiana</i> di Ludovico A. Mazzaroli. ....  | 916  |
| <i>L'AMBIENTE: DAL CODICE DI SETTORE ALLA COSTITUZIONE, UN PERCORSO AL CONTRARIO?</i> di Eva Leccese.....   | 935  |
| <i>PER UN SUPERAMENTO DEL FEUDALESIMO NORMATIVO NELLA GESTIONE DEL CONSUMO DI SUOLO</i> di Francesco Anastasi.....  | 973  |
| <i>A SCUOLA NO, SÌ, FORSE: "CHI" DECIDE E "COSA"</i> di Raffaele Marzo .....  | 1031 |
| <i>IL DISINCANTO E L'ILLUSIONE</i> di Giancarlo Antonio Ferro .....   | 1044 |
| <i>IL D.L. N. 76/2020 NEL PROCESSO DI ATTUAZIONE DEL PIANO NAZIONALE INTEGRATO PER L'ENERGIA E IL CLIMA</i> di Laura Pergolizzi .....                                     | 1064 |
| <i>NOTE SULLA OBBLIGATORIETÀ O MENO DELLA VACCINAZIONE ANTI COVID 19</i> di Giuliano Scarselli.....   | 1079 |
| <i>TUTELA DI SALUTE E AMBIENTE: RIFLESSIONI A MARGINE DELL'EMERGENZA CORONAVIRUS</i> di Valentina Cavanna .....   | 1092 |
| <i>LA NUOVA RIFORMA DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA</i> Riflessioni a partire da Vezio Crisafulli: principio di legalità e giusto procedimento di Gian Paolo Dolso .....     | 1126 |
| <i>IL PREAVVISO DI DINIEGO DOPO LA LEGGE 11 SETTEMBRE 2020 N. 120</i> di Giulia Milo .....  | 1142 |

|  |             |
|--|-------------|
| <i>L'INTERESSE NAZIONALE, UNA SFUGGENTE CERTEZZA NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE: SPUNTI DA UNA RECENTE MONOGRAFIA di Matteo Carrer .....</i>  | <i>1159</i> |
| <i>SPUNTI PER UN NUOVO APPROCCIO AI PROBLEMI DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE E DELLA TASSAZIONE NELL'ERA DEL COVID-19 di Salvatore Villani.....</i>   | <i>1173</i> |
| <i>UN INDIZIO È UN INDIZIO, MA DUE INDIZI SONO UNA COINCIDENZA? LA TECNICA "CAPPATO" COLPISCE ANCORA di Andrea Conzutti .....</i>  | <i>1223</i> |
| <i>LA CORTE COSTITUZIONALE TRA "POSIZIONI ORGANIZZATIVE DI ELEVATA SPECIALIZZAZIONE" E DIRIGENZA PUBBLICA: la prima volta degli "esperti di chiara fama" in una decisione che non convince di Gian Paolo Dolso .....</i> | <i>1259</i> |
| <i>A SMART LEGAL INSTRUMENT IN THE FACE OF A GLOBAL DANGER: THE MINAMATA CONVENTION on Mercury 2013 di Giuseppe Poderati .....</i>   | <i>1285</i> |
| <i>TUTELA MULTILIVELLO DI AMBIENTE E SALUTE: il ruolo di Cedu e Unione Europea alla luce del caso dell'Ilva di Taranto di Valentina Cavanna.....</i>   | <i>1314</i> |
| <i>TECNICA POLITICA, PARTITI ED EFFETTIVITÀ DEMOCRATICA. APPUNTI SU UN ORIENTAMENTO COSTITUZIONALE di Marcello Salerno e Pierdomenico Logroscino ....</i>  | <i>1344</i> |
| <i>OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE.....</i>   | <i>1363</i> |
| <i>OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA CONTABILE .....</i>   | <i>1376</i> |
| <i>Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT – Rivista Giuridica.....</i>  | <i>1394</i> |

# GLI EFFETTI DELLA RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI

## THE EFFECTS OF THE REDUCTION IN THE NUMBER OF PARLIAMENTARIANS

**Gianluca Trenta\***

**ABSTRACT** [ITA]: Nei prossimi mesi saremo chiamati ad approvare, tramite referendum confermativo, la riforma costituzionale approvata lo scorso 8 ottobre relativamente al taglio del numero dei parlamentari, descritta dai proponenti come una riforma costituzionale rivolta essenzialmente al mero taglio dei costi della politica e alla maggiore efficienza parlamentare, ma la nuova normativa rischia di avere degli effetti non attentamente ponderati.

**ABSTRACT** [ENG]: *In the coming months we will be called to approve, through a confirmatory referendum, the constitutional reform approved on the 8th of October in relation to the cut in the number of parliamentarians, described by the proponents as a constitutional reform aimed essentially at the mere cut in the costs of politics and greater parliamentary efficiency, but the new legislation risks having effects that are not carefully considered.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. – **2.** Un cenno storico sulla composizione numerica dei parlamentari. – **3.** I precedenti tentativi di riforma della riduzione del numero dei parlamentari. – **4.** Le ulteriori proposte di riforma costituzionali avviate nella presente legislatura. – **5.** Il contenuto della riforma costituzionale. – **6.** Gli effetti sugli organi collegiali e sulle Commissioni di Camera e Senato. – **7.** Gli effetti sui Gruppi parlamentari. – **8.** Note conclusive.

---

\* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche e politiche, Università Guglielmo Marconi, Roma.

## 1. Premessa.

Lo scorso 8 ottobre, la Camera dei deputati ha approvato in via definitiva la proposta di legge costituzionale, già approvata in seconda deliberazione dal Senato, che riduce il numero dei parlamentari e senatori<sup>1</sup>, che saremo chiamati ad approvare, per referendum confermativo, nei prossimi mesi<sup>2</sup>.

D'altronde la scelta sulla definizione del numero dei parlamentari, nel corso della storia repubblicana, non è stata casuale. I deputati, infatti, oltre a svolgere la fondamentale funzione politica-rappresentativa tra gli eletti ed elettori svolgono ulteriori funzioni tra cui quella di eleggere le figure di garanzia costituzionale quali il Presidente della Repubblica, i Giudici costituzionali e i componenti del Consiglio Superiore della Magistratura. Bisogna altresì sottolineare che il numero definito dei parlamentari consente alle camere di strutturarsi con il fine di garantire a tutti il diritto ad essere pluralisticamente rappresentati<sup>3</sup>.

L'art. 1 del testo di legge costituzionale approvato prevede la riduzione del numero dei parlamentari da 630 a 400 alla Camera dei Deputati, inclusi i deputati eletti nella circoscrizione Estero, che vengono ridotti da 12 a 8<sup>4</sup> e l'art. 2 riduce i Senatori da 315 a 200, compresi quelli eletti nella circoscrizione Estero, anch'essi ridotti da 6 a 4<sup>5</sup>.

Parallelamente alla riforma costituzionale vengono avviate ulteriori iniziative legislative, sia di rango costituzionale che di rango ordinario, quale ad esempio l'abbassamento dell'età per eleggere i Senatori da 25 a 18; il sistema per l'elezione del Senato e la riduzione del numero dei delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica; l'introduzione di una particolare forma di iniziativa legislativa popolare *rinforzata*, il referendum abrogativo, l'elezione diretta del Presidente della Repubblica.

---

<sup>1</sup> Proposta di legge costituzionale A.C. 1585-B cost., approvato dall'Assemblea della Camera dei deputati in data 8 ottobre 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 240 del 12 ottobre 2019.

<sup>2</sup> Servizio Studi della Camera dei Deputati e Senato della Repubblica, *Riduzione del numero dei parlamentari. Elementi per l'esame in Assemblea*, in *Dossier Camera dei Deputati e Senato della Repubblica*, 7 ottobre 2019, p. 8.

<sup>3</sup> C. SBAILO', *Tagliare il numero dei parlamentari? Si può a condizione di preservare la libertà di mandato. L'intima contraddittorietà della proposta di riforma gialloverde*. Memoria presentata alla Prima Commissione, Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni della Camera dei Deputati in occasione dell'audizione tenutasi il 20 marzo 2019, in *Quaderni cost.*, 30 marzo 2019, p. 6.

<sup>4</sup> Art. 56 della Costituzione.

<sup>5</sup> Art. 57 della Costituzione.

Pertanto, il c.d. taglio dei parlamentari è solo l'inizio di una lunga serie di riforme costituzionali e ciò impone qualche riflessione sulle future modifiche che potrebbero ulteriormente cambiare l'assetto istituzionale e il funzionamento delle Assemblee rappresentative in Italia.

## 2. Un cenno storico sulla composizione numerica dei parlamentari.

In origine, durante i lavori dell'Assemblea costituente, la questione del numero dei deputati e senatori fu ampiamente dibattuta cosicché, partendo dalla proposta di Giovanni Conti, si decise di non avere un numero predefinito di parlamentari ma che venisse eletto un deputato ogni ottantamila abitanti o per frazione superiore a quarantamila e un senatore ogni duecentomila abitanti o per frazione superiore a centomila, con un minimo di sei senatori per Regione con esclusione della Valle d'Aosta alla quale ne spettava uno<sup>6</sup>. Il fine era quello di consentire una larga rappresentanza politica, facendo mutare il numero degli eletti al variare della popolazione<sup>7</sup>.

Con la riforma costituzionale del 1963 venne adottato il numero fisso di 630 deputati e 315 senatori; in tale riforma venne altresì deciso che ogni Regione non doveva avere meno di sette senatori, fatta eccezione dell'Valle d'Aosta che ne avrebbe avuto uno, e il Molise due<sup>8</sup>.

Nella terza legislatura, con il governo guidato da Amintore Fanfani, a seguito dell'approvazione della *legge truffa*<sup>9</sup> del 1953, poi abrogata nello stesso anno, si aprì un nuovo confronto politico soprattutto sulla scelta dei Costituenti di mantenere,

---

<sup>6</sup> Le prime tre legislature repubblicane furono composte: da 574 deputati e da 237 senatori nella prima legislatura (1948-1953); da 590 deputati e 237 senatori nella seconda (1953-1958) e da 596 deputati e 246 senatori nella terza (1958-1963). C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. n. 3/2020, p. 6.

<sup>7</sup> E. CAVASINO, *Commento all'art. 56*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 23 ss.

<sup>8</sup> Legge costituzionale n. 2 del 9 febbraio 1963 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 40 del 12 febbraio 1963 in cui vengono modificati gli articoli 56, 57 e 60 della Costituzione.

<sup>9</sup> Legge n. 148 del 31 marzo 1953, meglio nota come *legge truffa*, introduceva un premio di maggioranza pari al 65% dei seggi della Camera dei deputati alla lista o al gruppo di liste collegate che avessero superato la metà dei voti validi e venne abrogata nello stesso anno con la legge 31 luglio 1954, n. 615. A. Chiaramonte, *Il premio di maggioranza: cosa è, come varia, dove è (stato) applicato*, in *Società italiana di scienza politica SISIP*, 2009, pp. 3 ss.

nell'art. 57 della Costituzione, la scelta dei senatori su base regionale, pur non essendo una rappresentanza di tipo territoriale<sup>10</sup>.

Pertanto, nel consolidamento della legge elettorale di tipo proporzionale, si approvò la legge costituzionale n. 2 del 1963 che definì la composizione di 630 deputati e 315 senatori<sup>11</sup> e con la successiva modifica costituzionale n. 3, venne previsto in Costituzione il numero minimo di 7 senatori spettanti a ciascuna regione, fatta eccezione per la Valle d'Aosta con un solo senatore e due per la neoistituita regione Molise<sup>12</sup>.

### **3. I precedenti tentativi di riforma della riduzione del numero dei parlamentari.**

Negli anni Ottanta vennero avviati i lavori intorno ad una proposta di riduzione del numero dei parlamentari, istituendo la Commissione parlamentare bicamerale per le riforme istituzionali, presieduta dal deputato Aldo Bozzi (1983-1985). Tale Commissione non formalizzò una propria proposta di revisione costituzionale ma propose alcune riforme<sup>13</sup>. Stessa sorte avvenne anche per la Commissione bicamerale per le riforme istituzionali, presieduta prima dal deputato Ciriaco De Mita, poi dalla deputata Nilde Iotti, agli inizi degli anni Novanta (1992-1994)<sup>14</sup>.

A differenza delle due precedenti commissioni per le riforme istituzionali bicamerali, la Commissione parlamentare, presieduta da Massimo D'Alema (1997), completò il suo percorso con un progetto di riforma approvato a larghissima maggioranza, che avrebbe ridotto il numero dei deputati tra un intervallo compreso tra i 400 e i 500, con il numero preciso da determinare successivamente con legge ordinaria e una riduzione a circa duecento senatori<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> F. LANCHESTER, *Mortati e la "Legislatura Costituente"*, in *Nomos*, fasc. n. 1/2016, p. 7.

<sup>11</sup> Legge costituzionale n. 2 del 9 febbraio 1963, n. 2 in materia di modifica degli articoli 56, 57 e 60 della Costituzione e pubblicato in GU Serie Generale n. 40 del 12 febbraio 1963.

<sup>12</sup> Legge costituzionale n. 3 del 27 dicembre 1963, in riferimento alle modificazioni agli articoli 131 e 57 della Costituzione e istituzione della Regione Molise e Pubblicato in GU Serie Generale n. 3 del 04 gennaio 1964.

<sup>13</sup> L. VIOLANTE, *La riforma costituzionale nella XVI legislatura: problemi ed ostacoli*, in *Astrid Rassegna*, n. 75/2008, p. 6.

<sup>14</sup> C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948- 2015)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Fasc. n. 2/2015, pp. 433 ss.

<sup>15</sup> E. CUCCODORO, *Il governo parlamentare della Costituzione e le innovazioni possibili*, in *Osservatorio Associazione dei costituzionalisti AIC*, 2013, pp. 1 ss. Cfr anche P. BONINI, *I governi di Massimo D'Alema*, in *federalismi.it*, n. 2/2016, p. 7.

Sempre nella stessa XIII legislatura (1996-2001) venne approvata la riforma costituzionale n. 1 del 2000, relativamente alla modifica dell'articolo 48 della Costituzione avente per oggetto l'istituzione della circoscrizione Estero per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero; pertanto, nel computo totale dei rappresentanti eletti, dovevano essere compresi i 12 deputati e 6 senatori di tale circoscrizione<sup>16</sup>.

Nella legislatura seguente (2001-2006), venne approvato dal Senato della Repubblica il testo di riforma costituzionale<sup>17</sup> con cui si ridusse il numero dei rappresentanti a 518 deputati e 252 senatori, ma il progetto di riforma, sottoposto a referendum popolare ai sensi dell'articolo 138 della Costituzione, venne respinto dagli italiani<sup>18</sup>.

Ancora, nella legislatura seguente (2006-2008), è la volta della c.d. bozza Violante, un progetto di legge costituzionale unificato approvato dalla I Commissione permanente della Camera dei deputati: nel tentativo di superare il bicameralismo paritario, veniva proposta la riduzione a 512 deputati e 186 senatori, con esclusione dei sei senatori eletti nella circoscrizione Estero ma il risultato non fu di esito diverso rispetto alle precedenti tentate riforme, a causa dello scioglimento anticipate delle Camere<sup>19</sup>.

Così come anche nella XVI legislatura (2008-2013), la proposta della Commissione affari costituzionali del Senato prevedeva la riduzione del numero dei parlamentari a 508 deputati e 250 senatori (A.S. n. 24 e abbinati-A), la fine della legislatura, però, non permise di completare l'iter legislativo<sup>20</sup>.

Nella XVII legislatura (2013-2018), il Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, nominava un gruppo di dieci c.d. Saggi che si sarebbero dovuti occupare

---

<sup>16</sup> Legge costituzionale n. 1 del 17 gennaio 2000 e pubblicato in G.U. n. 15 del 20 gennaio 2000. Per un maggiore approfondimento cfr. E. BETTINELLI, *Il voto degli italiani all'estero*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Riforme Elettorali*, Bari, Laterza, 1995, pp. 199 ss; G. ALBERICO, *Il voto degli italiani all'estero tra discriminazioni e imperituri dubbi di costituzionalità: cosa è cambiato con la nuova legge elettorale*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2018, pp. 2-3.

<sup>17</sup> Approvato in via definitiva dal Senato della Repubblica il 16 novembre 2005 riguardante le modifiche alla Parte II della Costituzione (S. 2544-D).

<sup>18</sup> Il referendum costituzionale confermativo si tenne in Italia il 25 e 26 giugno 2006.

<sup>19</sup> A. C. n. 553 e abbinati-A approvata in data 17 ottobre 2007. Sul punto cfr. G. Ferraiuolo, *La revisione del bicameralismo italiano. Un difficile cammino*, in *federalismi.it*, n. 5/2008, p. 9.

<sup>20</sup> A.S. n. 24 e abbinati-A approvato nella seduta del 29 maggio 2012. Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Il Superamento del Bicameralismo paritario e perfetto nei principali tentativi di riforma costituzionale*, in *Dipartimento per le Riforme Istituzionali, Servizio per lo studio e il monitoraggio delle riforme istituzionali e relazioni esterne*, 2013, p. 6; L. BORSI, *XVII legislatura. In tema di riforma costituzionale: quattro testi a confronto (1997-2012)*, in *Servizi studi del Senato, ufficio ricerche sulle questioni istituzionali, sulla giustizia e sulla cultura*, fasc. n. 14/2013.

delle riforme istituzionali, i quali nella relazione finale, auspicavano la necessità di una riforma del bicameralismo paritario, con la conseguente riduzione del numero dei parlamentari a 480 deputati e 120 senatori elettivi, ripartiti in proporzione al numero degli abitanti di ciascuna Regione<sup>21</sup>.

Nel giugno del 2013, nella stessa legislatura, dopo l'insediamento del nuovo Presidente del Consiglio Enrico Letta, venne istituita una Commissione di esperti per le riforme costituzionali. Nella relazione finale veniva prevista anche la riduzione del numero dei parlamentari a 450 deputati e un numero da quantificare successivamente tra i 150 e i 200 senatori<sup>22</sup>.

I risultati ottenuti dalla Commissione divennero la piattaforma iniziale del disegno di legge costituzionale, c.d. Renzi-Boschi; la Commissione prevedeva il mantenimento a 630 deputati e una riduzione a 95 senatori elettivi di secondo grado<sup>23</sup>. È da sottolineare che la riforma veniva caratterizzata per la riduzione del numero dei soli senatori, in un bicameralismo non più paritario; la durata del mandato dei senatori doveva coincidere con quella dell'organo dell'istituzione territoriale di provenienza e l'annullamento dei senatori eletti nella circoscrizione Estero<sup>24</sup>. Purtroppo, anche questa riforma di revisione costituzionale in merito alla riduzione del numero dei parlamentari naufragò con il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016<sup>25</sup>.

#### **4. Le ulteriori proposte di riforma costituzionale avviate nella presente legislatura.**

Con la proposta di legge costituzionale in merito al taglio dei parlamentari approvata lo scorso 8 ottobre, il Parlamento, al contrario delle precedenti tentate

---

<sup>21</sup> Relazione finale della Commissione per le riforme istituzionali al capo dello Stato in data 12 aprile 2013

<sup>22</sup> Relazione conclusiva presentata al Parlamento il 15 ottobre 2013.

<sup>23</sup> A.C. n. 2613-D, disegno di legge costituzionale S. 1429-D relativamente anche alle Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario e la riduzione del numero dei parlamentari. Cfr. R. BIFULCO, *Il Senato: composizione, elezione e rappresentanza*, in F. S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Commentario alla riforma costituzionale del 2016*, Napoli, Esi, 2016, pp. 35 e ss.

<sup>24</sup> F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, in *Osservatorio delle fonti*, n. 2/2019, p. 11.

<sup>25</sup> C. FUSARO, *Per una storia delle riforme costituzionali (1948-2015)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2015, pp. 507 ss.

riforme costituzionali che modificavano gran parte della Costituzione, si è concentrato su singoli segmenti, ovvero riforme limitate e puntuali del testo<sup>26</sup>.

Ciò appare avere una strategia di modifica in *work in progress* sulla rappresentanza politica, con il fine di ridimensionare il ruolo del Parlamento previsto nel sistema politico-costituzionale del nostro Paese. Difatti considerando le ulteriori iniziative legislative si può vedere che il disegno politico è quello di modificare la Costituzione in singole proposte di revisione ma con un progetto unitario<sup>27</sup>.

Attualmente le proposte di revisione costituzionale sono diverse; ad esempio presso il Senato della Repubblica è in corso un testo di modifica del comma 1, dell'articolo 58, della Cost., che abbassa da venticinque a diciotto l'età per eleggere i Senatori; nella I<sup>a</sup> Commissione della Camera dei deputati è stato avviato l'esame di una proposta di legge costituzionale che modifica gli articoli 57 e 83 della Cost., in materia di base elettorale per l'elezione del Senato della Repubblica e di riduzione del numero dei delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica; alla Camera dei deputati è in discussione la proposta di modifica costituzionale dell'articolo 71 della Cost., per l'introduzione di una particolare forma di iniziativa legislativa popolare *rafforzata* in cui viene prefigurata l'ipotesi che se il Parlamento non dovesse accogliere entro diciotto mesi il testo di una proposta di legge presentata da cinquecentomila elettori, la proposta verrebbe sottoposta a referendum deliberativo configurando un sistema decisionale politico alternativo a quello parlamentare; sempre alla Camera dei Deputati, è in discussione la modifica costituzionale dell'articolo 75 della Cost., riguardante il referendum abrogativo, con particolare riguardo al *quorum* richiesto per la sua approvazione ed inoltre sempre alla Camera dei Deputati è stato avviato l'esame di una proposta di legge riguardante l'elezione diretta del Presidente della Repubblica<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> A. CERRI, *Osservazioni sui progetti di riforma costituzionale patrocinati dal Ministro per i rapporti con il Parlamento*, in *Astrid Rassegna*, n. 14/2018.

<sup>27</sup> M. LUCIANI, *Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale* in *Osservatorio costituzionale*, n. 1-2/2019, pp. 200-201.

<sup>28</sup> F. BIOINDI, *Le conseguenze della riforma costituzionale del 2019*, in *Rivista Nomos*, fasc. n. 3/2019, p. 7.

## 5. Il contenuto della riforma costituzionale.

Ritornando all'attuale proposta di revisione costituzionale approvata, riguardante il taglio del numero dei parlamentari<sup>29</sup>, è stata presentata dai proponenti con il duplice obiettivo sia di aumentare l'efficienza e la produttività delle Camere per renderle più vicine alle esigenze dei cittadini, sia di razionalizzare la spesa pubblica<sup>30</sup>, al fine di poter allineare il nostro sistema a quello degli altri Paesi europei, che hanno un minor numero di parlamentari<sup>31</sup>.

In particolare, il disegno di legge costituzionale, approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta alla Camera dei Deputati ma con un numero inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera e riguardante le modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari si compone di quattro articoli.

Con una riduzione del 36,5% dei parlamentari il numero complessivo degli eletti è ridotto da 945 a seicento. La Camera dei Deputati è ridotta quindi da 630 a 400 deputati rientrando nel computo totale i parlamentari eletti nella circoscrizione Estero che con lo stesso taglio lineare passano da 12 a 8 (art. 1).

Il numero dei senatori al Senato della Repubblica è ridotto da 315 a 200, compresi gli eletti nella circoscrizione Estero, che vengono diminuiti da 6 a 4. E' inoltre individuato il numero minimo di tre senatori eletti per ciascuna Regione o Provincia autonoma, in proporzione alla loro popolazione, lasciando invariato l'assegnazione di un senatore per la Valle d'Aosta e due al Molise (art. 2)<sup>32</sup>.

La riforma costituzionale fissa il numero massimo di cinque senatori di diritto a vita in carica sciogliendo quindi il nodo interpretativo secondo il quale ciascun Presidente della Repubblica possa nominare fino a 5 senatori a vita (art. 3)<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Disegno di legge costituzionale S 214-515-805-B.

<sup>30</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*, in *Dossier del Dipartimento per le riforme istituzionali*, 2019, p. 6.

<sup>31</sup> In Italia sono previsti un totale di 945 parlamentari (630 deputati e 315 senatori) in più bisogna aggiungere i senatori a vita e i senatori di diritto a vita, cioè i Presidenti emeriti della Repubblica. In Francia sono 925 parlamentari, in Germania 778, in Gran Bretagna un *unicum* nel suo genere 1143 e in Spagna 615. L. Castelli, *Taglio dei parlamentari e prospettive di (ulteriore) revisione costituzionale: qualche osservazione alla luce dell'indagine comparata*, in *paper federalismi.it*, 17 aprile 2020, pp. 1 ss.

<sup>32</sup> C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. n. 3/2020, pp. 71 ss.

<sup>33</sup> Il vigente art. 59, co. 2 della Costituzione dispone che il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita cinque cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario.

Dai lavori parlamentari emerge però la convinzione delle forze promotrici della riforma che l'applicazione della riduzione sarebbe stata cosa momentanea, dunque non occorre occuparsene nel dettaglio; per tale ragione negli stessi lavori non esiste un approfondimento degli effetti della riduzione sull'organizzazione e sul funzionamento delle camere<sup>34</sup>. Tale mancanza è comprovata anche dall'assenza di una norma transitoria sul passaggio dal vecchio al nuovo regime.

In verità gli effetti della riduzione dei parlamentari produce conseguenze tanto rilevanti da contrastare con gli obiettivi di efficienza e produttività prefissati, obiettivi che in realtà non dipendono dal numero dei parlamentari, quanto dalla loro capacità di pianificare efficacemente i loro lavori.

La Costituzione rimette ai Regolamenti parlamentari la disciplina delle modalità di esercizio delle funzioni dei due rami del Parlamento e per l'approvazione o modifica al regolamento è necessario il voto favorevole della maggioranza assoluta dell'Assemblea<sup>35</sup>.

Pertanto, altra questione da non sottovalutare relativa al taglio del numero dei parlamentari, è l'impatto che esso avrà sul *quorum* da definire per avviare una procedura di un atto parlamentare<sup>36</sup>, che in talune circostanze sono già ridotte ai minimi come ad esempio accade nelle Commissioni per particolari richieste<sup>37</sup>

Tra le ragioni alla base di tale mancato approfondimento, è possibile annoverare la questione dei regolamenti parlamentari che, pur non essendo un tema di rilevanza costituzionale in senso stretto, andava presa in esame in quanto, in una forma di governo parlamentare a debole razionalizzazione come quella italiana, tali regolamenti svolgono un ruolo decisivo nella sua dinamica<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> S. CURRERI, *Gli effetti politico-istituzionali della riduzione del numero dei parlamentari*, in *Nuova Antologia*, 1/2020, pp. 192 ss.

<sup>35</sup> L'art. 16, comma 4, del Regolamento della Camera dei Deputati dispone che per l'approvazione o modifica del Regolamento è necessario il voto favorevole della maggioranza assoluta dell'Assemblea.

<sup>36</sup> Vengono considerati Atti parlamentari tutti quei documenti elaborati in Parlamento con lo scopo di certificare e rendere pubblica l'attività svolta dai diversi organi che lo costituiscono.

<sup>37</sup> E. ROSSI, *La riduzione del numero dei parlamentari*, in *Quaderni cost.*, n. 2/2019, pp. 423-425; Cfr. anche C. TUCCIARELLI, *Il significato dei numeri: riduzione del numero di deputati e senatori e regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 1/2020, pp. 175 ss.

<sup>38</sup> V. ONIDA, *Audizione*, in *Indagine conoscitiva nell'ambito dell'esame delle proposte di legge costituzionale C. 1585 cost. approvata dal Senato, e C. 1172 cost. D'Uva, recanti «modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari» e della proposta di legge C. 1616, approvata dal Senato, recante «disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari*, Resoconto stenografico, 21 marzo 2019, p. 5. Cfr. G. AMATO, F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea costituente*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1981, pp. 33-85 ss. ora pubblicato in *scritti in onore di E. Tosato*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 3-60.

Altro aspetto, non meno importante, è che il taglio del numero dei parlamentari viene considerato dai proponenti della riforma una “*variabile indipendente*” rispetto alle dinamiche parlamentari e ciò potrebbe significare tacitamente che la riforma non andrebbe a modificare l’aspetto organizzativo e dunque funziona così com’è, anche con 400 deputati; il che però potrebbe portare a enormi difficoltà nell’approvazione dei regolamenti e nelle procedure parlamentari<sup>39</sup>.

D’altro canto però occorre considerare anche che la riduzione del numero dei parlamentari potrebbe avere un aspetto positivo sulla organizzazione e sul funzionamento delle camere proprio per la *speditezza e razionalizzazione dell’attività parlamentare*, intesa sia sotto l’aspetto di maggiore efficienza che di produttività<sup>40</sup>.

A tal riguardo è opportuno verificare gli effetti che tale riforma potrebbe produrre sia sotto l’aspetto organizzativo che procedurale legislativo.

## **6. Gli effetti sugli organi collegiali e sulle Commissioni di Camera e Senato.**

La riduzione del numero dei parlamentari sicuramente andrà ad influenzare le future scelte sulla composizione numerica degli organi collegiali di direzione politico-amministrativa (Ufficio di Presidenza) presente sia alla Camera dei Deputati che al Senato della Repubblica; ad oggi tale ufficio è composto da quattro Vicepresidenti, tre deputati Questori, almeno otto deputati Segretari (uno per ogni Gruppo parlamentare)<sup>41</sup>. Stessa cosa accade per gli organismi della Camera e del Senato che svolgono i compiti volti a garantire il corretto funzionamento della Camera e l’autonomia del Parlamento rispetto agli altri poteri (Giunte parlamentari), composti al Senato da 10 senatori nella Giunta per il Regolamento e 23 nella Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari<sup>42</sup> e alla Camera 10 nella Giunta per il regolamento, 21 nella Giunta per le autorizzazioni e 10 nel Comitato per la legislazione<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> V. LIPPOLIS, *Regolamenti parlamentari, forma di governo, innovazione istituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, pp. 115 ss.

<sup>40</sup> S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull’organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, in *federalismi.it - paper*, 15 aprile 2020, p. 6.

<sup>41</sup> Art. 5 del Regolamento della Camera dei deputati e art. 5 del Regolamento del Senato della Repubblica.

<sup>42</sup> Art. 17 ss. del Regolamento del Senato.

<sup>43</sup> Art. 16 bis del Regolamento della Camera dei Deputati.

A tal proposito, va sottolineato, che il numero fisso delle cariche negli organismi collegiali appena menzionati, spesso è incompressibile, come nel caso dei vice-presidenti, che sostituiscono il Presidente nel caso di assenza, o anche i questori, i quali per i compiti a loro attribuiti, non possono essere di numero inferiore a tre membri. L'unica possibilità potrebbe essere quella di ridurre solo il numero dei segretari.

Pertanto, la riduzione del numero dei parlamentari in tali organismi renderebbe difficoltoso l'applicazione del criterio di nomina, rompendo quell'equilibrio istituzionale che finora ha prevalso. Se in futuro dovesse prevalere il criterio di proporzionalità verrebbero penalizzati i gruppi minoritari o d'opposizione, oppure se dovesse prevalere il criterio della rappresentatività ci sarebbe una sovrarappresentazione dei gruppi minoritari rispetto alla consistenza numerica<sup>44</sup>.

Per ciò che concerne gli effetti sul numero dei deputati da nominare nelle commissioni parlamentari permanenti, il problema appare più serio rispetto alle nomine negli organismi collegiali appena visto, proprio per il criterio proporzionale dei gruppi parlamentari da rispettare in virtù di quanto previsto dalla Costituzione italiana<sup>45</sup>. Difatti l'Art. 72 della Cost. indica chiaramente che la composizione delle Commissioni, preposta per la presentazione dei disegni di leggi da presentare alle Camere, devono rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari; anche l'Art. 82 della stessa Cost. prevede che ciascuna Camera possa disporre inchieste su materie di pubblico interesse attraverso l'istituzione di una Commissione composta in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari.

Il numero dei membri che compongono le Commissioni non è regolamentato proprio per consentire di integrare singoli parlamentari, a quelli originariamente nominati, in modo da rispettare il criterio di proporzionalità<sup>46</sup>, comportandola possibilità per un deputato di un gruppo parlamentare di essere membro in più commissioni, al fine di garantire la rappresentatività; tale possibilità però altererebbe la proporzionalità della Commissione rispetto all'Assemblea<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli art. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia? Significato e conseguenze della riforma costituzionale*, Pisa, Pisa University Press, 2020, pp. 169-187 ss.

<sup>45</sup> E. VIVALDI, *Prime considerazioni sulla legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari*, in *Consulta online*, 26 marzo 2020, p. 2.

<sup>46</sup> A.P. TANDA, *Le norme e la prassi del Parlamento italiano*, Roma, Colombo, 1987, pp. 83 ss.

<sup>47</sup> L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia*, Pisa University Press, 2020, p. 137.

Con il taglio dei parlamentari accadrebbe che le attuali Commissioni parlamentari, composte attualmente alla Camera dei Deputati in un numero compreso tra i 42 e i 47 deputati, sarebbero composte tra i 26 e i 30 membri. Così anche al Senato della repubblica si passerebbe dagli attuali 21-26 senatori a 13-16. Ciò significa ad esempio che in una Commissione al Senato, composta da 13 senatori, una proposta di legge può passare con appena 7 voti favorevoli.

Peraltro, è altresì possibile che con il taglio di cui si discute alcuni gruppi parlamentari non saranno rappresentati in tutte le Commissioni, perché inferiori al numero dei loro rappresentati rispetto al numero delle Commissioni presenti, con l'aggravante che qualora fossero anche forze politiche di opposizione non potranno avere alcuna possibilità di esercitare il loro mandato in qualità di informazione, ispezione e di controllo.

Tuttavia, una soluzione possibile al taglio del numero dei parlamentari, sembra poter essere quella dell'accorpamento delle attuali quattordici Commissioni parlamentari con conseguente razionalizzazione delle loro competenze. Ma anche in questo caso occorre fare qualche osservazione.

Innanzitutto, è necessario che la riorganizzazione avvenga in maniera del tutto simile e coordinata in entrambe le Camere in maniera tale da regolamentare in maniera chiara le competenze delle commissioni in ugual modo, affinché non si verifichino delle asimmetrie<sup>48</sup>.

Da non sottovalutare, poi, che la riduzione o accorpamento delle commissioni parlamentari potrebbe portare ad un non perfetto allineamento con il ministero di competenza, per cui si potrebbe verificare che più commissioni facciano riferimento ad un solo ministero, oppure viceversa più ministeri facciano riferimento ad una sola commissione.

Inoltre, l'accorpamento o l'unificazione di più Commissioni può coinvolgere solo quelle omogenee per competenza di materia. Altresì, è opportuno considerare il carico di lavoro che ogni singolo deputato può supportare, cosa di non poco conto<sup>49</sup>.

Per tali ragioni, diminuire le Commissioni per fusione o accorpamento, è una soluzione ma ciò non toglie che il percorso non sia immune da rischi.

<sup>48</sup> N. LUPO, *Funzioni, organizzazione e procedimenti parlamentari: quali spazi per una riforma (coordinata) dei regolamenti parlamentari?* in *federalismi.it*, n. 1/2018, pp. 19 ss.

<sup>49</sup> S. PASSIGLI, *Le proposte di riforma costituzionale del governo Conte: luci ed ombre*, in *Astrid Rassegna*, n. 14/2018, p. 19.

## 7. Gli effetti sui Gruppi parlamentari.

Altro aspetto da tenere in considerazione sulla riduzione del numero dei parlamentari, questa volta sotto l'aspetto prettamente politico piuttosto che semplicemente numerico, sono le conseguenze sui Gruppi parlamentari<sup>50</sup>.

I criteri per la formazione dei Gruppi Parlamentari vennero introdotti per rispondere alle esigenze del buon andamento dei lavori parlamentari e per la rappresentatività dell'attività svolta. Per il perseguimento del primo fine si è fatto ricorso a vincoli numerici, per il secondo invece, sono impiegati dei criteri prettamente politici<sup>51</sup>.

Per tale ragione, il Regolamento delle Camere prevede che ciascun rappresentante eletto debba iscriversi a un Gruppo parlamentare, necessario al funzionamento dei lavori in aula<sup>52</sup>.

Per la costituzione di un Gruppo politico alla Camera dei Deputati<sup>53</sup>, ad inizio legislatura, occorrono 20 rappresentanti e nel Gruppo misto 10, a differenza del Senato della Repubblica<sup>54</sup> ove è richiesto il numero minimo di 10 rappresentati per la formazione del Gruppo politico<sup>55</sup>.

Pertanto, con la nuova riforma, per la composizione dei Gruppi parlamentari esistono due alternative. La prima è quella di lasciare inalterata la disciplina sulla costituzione e il mantenimento dei gruppi politici; in realtà ciò è mera apparenza in quanto il minor numero di parlamentari e senatori comporta che per costruire il gruppo il quorum richiesto passa dal 3,7% al 5%, con innalzamento rispetto all'attuale soglia di sbarramento del 3%. Questo significherebbe che forze politiche pur vedendosi attribuire i seggi disponibili non sarebbero in grado di costituire un Gruppo politico.

In alternativa il legislatore potrebbe optare per abbassare i quorum per la formazione del Gruppo parlamentare in maniera del tutto proporzionale. In tal caso però potrebbe verificarsi ad esempio che, per la formazione dei Gruppi parlamentari

---

<sup>50</sup> R. BIN, *Rappresentanza e parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Relazione al Convegno *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, 19 ottobre 2007.

<sup>51</sup> M. RUBECHI, *Dai partiti ai Gruppi parlamentari: le proposte di modificazione dei Regolamenti delle Camere nella XVI legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 1/2009, p. 5.

<sup>52</sup> G.U. RESCIGNO, *Gruppi parlamentari*, Milano 1969; A. PISANESCHI, *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 306-308.

<sup>53</sup> Art. 14 e 15 del Regolamento della Camera dei Deputati.

<sup>54</sup> Art. 14 del Regolamento del Senato della Repubblica.

<sup>55</sup> Vi possono essere delle eccezioni alla Camera per la formazione di un Gruppo con un numero minore di deputati ma in tal caso occorre una specifica autorizzazione dell'Ufficio di Presidenza.

in cui è richiesto un numero minimo di 5 rappresentanti (minoranze linguistiche), previa autorizzazione da parte del Presidente delle Camere, i nuovi Gruppi avrebbero la possibilità di formarsi con appena 3 o 4 senatori.

Bisogna, inoltre, considerare anche la composizione di quelle forze politiche che, pur vedendosi rappresentati al Senato, non avranno la possibilità di formare un Gruppo e che dovranno obbligatoriamente iscriversi al Gruppo Misto; ciò aumenta le difficoltà gestionali e politiche all'interno dello stesso gruppo con partiti e movimenti politici con idee del tutto disomogenee. In tal caso ci sarà bisogno di un'ulteriore modifica ai regolamenti parlamentari, come avviene già alla Camera dei Deputati, in cui vengono riconosciute indirettamente componenti politiche interne al Gruppo Misto<sup>56</sup>.

## 8. Note conclusive.

In conclusione, in relazione all'analisi sin qui condotta, nei prossimi mesi saremo chiamati ad approvare la riforma costituzionale di riduzione del numero dei deputati da 630 a 400 e dei senatori da 315 a 200 vista la richiesta effettuata da un quinto dei membri del senato come previsto dall'art. 138 Cost.<sup>57</sup>

Come analizzato, però, la riforma in esame è solo apparentemente circoscritta al taglio del numero dei parlamentari, in quanto è destinata ad avere ulteriori effetti sull'organizzazione e sul funzionamento delle camere; non solo dunque una riforma costituzionale rivolta al mero taglio dei costi della politica e alla maggiore efficienza parlamentare, ma a ben vedere con effetti tutt'altro che marginali sulla democrazia parlamentare<sup>58</sup>.

Effetti che a giudizio dei proponenti sono rimasti ignorati, non attentamente ponderati e che rischiano di sollevare più criticità di quanto con tale modifica costituzionale si intenda risolvere, con l'incognita che tale riforma costituzionale

---

<sup>56</sup> S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari*, *Op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>57</sup> La via maestra per modificare la Costituzione è il consenso ampio tra le forze politiche dei 2/3 dei componenti ma in alternativa è prevista anche la possibilità di modifiche costituzionali della sola maggioranza assoluta con la conferma da parte del corpo elettorale. G. PICCIRILLI, *La fase parlamentare del procedimento di formazione della legge di revisione: questioni assodate e problemi aperti*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, fasc. n. 3/2018, pp. 9 ss.; R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, Giuffrè, pp. 614 ss.

<sup>58</sup> A. MARCHETTI, *Sulla riduzione dei "costi della politica"*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia*, Pisa University Press, 2020, pp. 143 ss.

possa innescare una serie di ulteriori riforme a cascata e un disegno politico unitario teso a marginalizzare il ruolo del Parlamento<sup>59</sup>.

Ulteriori dubbi sono riconducibili ad un eventuale quadro regolamentare incoerente con le nuove modifiche costituzionali, prive delle opportune forme di tutela; ciò potrebbe influire decisamente sull'organizzazione e sul funzionamento delle due Camere sino ad incentivare l'uso strutturale della decretazione d'urgenza e della questione di fiducia, strumenti legislativi di cui negli ultimi anni si è fatto largo uso, calpestando talvolta i diritti delle minoranze<sup>60</sup>.

Le perplessità emergono dal fatto che in nessuno dei due rami del parlamento sono state presentate proposte di modifica del Regolamento, soprattutto al Senato dove tale riforma produrrà i suoi maggiori effetti. Ciò, potrebbe aprire un nuovo scenario del tutto preoccupante, ossia il rischio che nella prossima legislatura, in assenza di una riforma sulla disciplina organizzativa e funzionale, possa essere il Presidente di Assemblea di ciascuna camera, congiuntamente con la Giunta per il regolamento, ad introdurre quelle modifiche regolamentari necessarie a garantire i lavori delle camere, con la conseguenza di corrodere la Democrazia rappresentativa del Paese<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> E. VIVALDI, *Prime considerazioni sulla legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari*, op. Cit., p. 10.

<sup>60</sup> G. TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma parziale (fin troppo)*, in *Meno parlamentari, più democrazia?* Pisa University Press, 2020, pp. 224 ss.

<sup>61</sup> L. GORI, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, Op.cit., p. 141.

# LA TUTELA DELL'AMBIENTE IN MAROCCO

**Vincenzo Pepe**

*Prof. Associato di Diritto pubblico italiano e comparato  
Università degli studi della Campania «Luigi Vanvitelli»*

**ABSTRACT** [ITA]: La Costituzione del Marocco prevede la tutela dell'ambiente in diverse disposizioni. Nell'articolo 19 della Costituzione si afferma l'uguaglianza di uomini e donne nel godimento dei diritti e delle libertà ambientali stabiliti nella carta costituzionale e in quelli previsti da convenzioni e patti internazionali. Anche l'articolo 20 e l'articolo 27 prevedono il diritto all'informazione, e l'informazione in materia ambiente. La Costituzione prevede poi tra gli attori istituzionali il *Consiglio economico, sociale e ambientale* che fornisce consulenza al governo e al parlamento su questioni economiche, sociali e ambientali, nonché il suo parere sugli orientamenti generali per lo sviluppo sostenibile. Nonostante la previsione costituzionale il sistema di protezione ambientale in Marocco richiede uno sforzo legislativo per colmare alcune lacune che limitano l'efficacia dei mezzi giuridici in termini di protezione ambientale.

**ABSTRACT** [ENG]: *The Constitution of Morocco provides for the protection of the environment in various provisions. Article 19 of the Constitution states the equality of men and women in the enjoyment of environmental rights and freedoms established in the constitutional charter and in those provided for by international conventions and pacts. Article 20 and Article 27 also provide for the right to information, and information on the environment. The Constitution then provides among the institutional actors the Economic, Social and Environmental Council which provides advice to the government and parliament on economic, social and environmental issues, as well as its opinion on general guidelines for sustainable development. Despite the constitutional provision, the environmental protection system in Morocco requires a legislative effort to fill in some gaps that limit the effectiveness of legal means in terms of environmental protection.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** L'ambiente e la Costituzione marocchina. – **3.** Il quadro istituzionale per la protezione ambientale: gli attori istituzionali – **4.** I principi e gli strumenti della politica ambientale nazionale. – **5.** Un'espansione urbana a spese dell'ambiente. – **6.** Brevi conclusioni.

## 1. Introduzione.

È noto che la protezione ambientale è diventata, negli ultimi tempi, una delle principali preoccupazioni costituzionali degli Stati democratici, per questo occupando un posto di rilievo nell'agenda politica sia a livello nazionale ed internazionale<sup>1</sup>; ciò è giustificato anche dal costante e crescente deterioramento dell'ambiente in vari ambiti ecologici, come l'inquinamento dell'aria, delle acque, la gestione dei rifiuti e la diffusione delle malattie<sup>2</sup> (si pensi oggi all'emergenza da Covid-19), ma anche al debito ecologico, nonché al divario socio-ambientale tra Nord e Sud del mondo.

Questo è la ragione che spinge lo *Stato democratico sociale* ad adottare strategie e programmi legislativi e a prendere in considerazione la dimensione ambientale dello sviluppo sostenibile, sensibilizzando il legislatore al fine di proteggere il diritto dell'essere umano a vivere in un ambiente sano ed equilibrato<sup>3</sup>. Il diritto a un ambiente sano è uno dei diritti c.d. di terza generazione (Bobbio)<sup>4</sup>, sebbene non sia sancito dalla Carta internazionale dei diritti dell'uomo. Ma di fronte ai recenti

---

<sup>1</sup> D. AMIRANTE, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, 2019, in *Diritto Pubblico europeo e comparato*, Numero Speciale, pp. 1-32.

<sup>2</sup> Nel suo rapporto del 6 marzo 2017, l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha lanciato l'allarme sul piano globale in relazione all'ambiente per i gravi inquinanti che causano la morte di 1,7 milioni di bambini ogni anno a causa del riciclaggio dei rifiuti elettronici - e questo al fine di combattere le sostanze chimiche nocive contenute negli alimenti, nell'acqua, nell'aria ... Il deterioramento dei servizi sanitari e l'aumento dell'incidenza di sostanze chimiche come il mercurio, piombo e fluoro, come risultato delle guerre di tutto il mondo. L'OMS ha inoltre invitato i governi a migliorare la qualità dell'acqua potabile, dei servizi igienici e sanitari e a ridurre l'inquinamento atmosferico causato dai cambiamenti climatici, per prevenire i rischi ambientali, al fine di raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile. Vedi il rapporto del 6 marzo 2017 dell'Organizzazione mondiale della sanità [www.who.int/ig](http://www.who.int/ig).

<sup>3</sup> La Costituzione marocchina del 2011 ritiene che vivere in un ambiente sano sia un diritto fondamentale di tutti i cittadini su un piano di parità, ai sensi dell'articolo 31 della Costituzione, nella sezione relativa ai diritti e alle libertà fondamentali. Il legislatore ha anche creato il Consiglio economico, sociale e ambientale.

<sup>4</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 2014. Per Bobbio i diritti, oltre ad essere "storici" ed a nascere "all'inizio dell'età moderna, insieme con la concezione individualistica della società", sono l'esito del conflitto sociale; i diritti umani sono nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre. [...] la libertà religiosa è un effetto delle guerre di religione, le libertà civili, delle lotte dei parlamenti contro i sovrani assoluti, la libertà politiche e quelle sociali, della nascita, crescita e maturità del movimento dei lavoratori salariati, dei contadini con poca terra o nullatenenti, dei poveri che chiedono ai pubblici poteri non solo il riconoscimento della libertà personale e delle libertà negative, ma anche la protezione del lavoro contro la disoccupazione, e i primi rudimenti d'istruzione contro l'analfabetismo, e via via l'assistenza per l'invalidità e la vecchiaia. In questa ultima fase emergono quelli che Bobbio chiama i diritti della terza generazione - a cominciare da quelli ecologici - e della quarta generazione, relativi alla tutela del patrimonio genetico. Il catalogo dei diritti non è predeterminabile, perché i diritti non nascono tutti in una volta. Nascono quando devono o possono nascere. Nascono quando l'aumento del potere dell'uomo sull'uomo, che segue inevitabilmente al progresso tecnico, cioè al progresso della capacità dell'uomo di dominare la natura e gli altri uomini, crea o nuove minacce alla libertà dell'individuo oppure consente nuovi rimedi alla sua indigenza.

cambiamenti del pianeta e all'emergenza climatica<sup>5</sup>, il diritto ambientale è diventato sempre più un diritto umano fondamentale, riconosciuto da numerose convenzioni e dichiarazioni internazionali e regionali. Anche molte costituzioni nazionali, dopo il crescente fenomeno della globalizzazione economica, politica e sociale e le sue ripercussioni sull'ambiente, sia in relazione al riscaldamento globale che agli alti livelli di inquinamento, hanno dato spazio alla tutela costituzionale dell'ambiente specie in relazione ai comprovati effetti sui diritti umani fondamentali del diritto internazionale, come il diritto alla salute, alla libertà, all'uguaglianza e alla giustizia sociale: si pensi alle nuove Costituzioni emergenti del XX secolo, tra cui quelle latino-americane<sup>6</sup> e da ultimo a quella cubana del 2019<sup>7</sup>.

Come si ricorderà nel 1972 la Conferenza delle Nazioni Unite sugli esseri umani e l'ambiente, tenutasi a Stoccolma, ha portato all'adozione di una serie di principi e raccomandazioni<sup>8</sup>. Successivamente, la Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo tenutasi a Rio de Janeiro in Brasile, nota come il "Summit della Terra", nel giugno 1992, ha riconosciuto il diritto degli Stati di investire le proprie risorse a condizione che non causino danni all'ambiente<sup>9</sup>. Con la Convenzione sul clima a seguito del vertice tenutosi a Parigi alla fine del 2015, si è concluso un accordo tra i paesi per affrontare i gravi cambiamenti climatici che si stanno verificando nei paesi del mondo. Infine, la Conferenza delle parti sul cambiamento climatico "Cop 22", tenutasi dal 7 al 18 novembre 2016 a Marrakech, in Marocco, si è dedicata all'ambiente e ai crimini commessi contro di esso, cercando di trovare soluzioni efficaci e condivise. Tutte queste conferenze hanno obbligato gli Stati, incluso il Marocco, ad adottare una legislazione ambientale compatibile con il benchmark

---

<sup>5</sup> L. COLELLA, *L'emergenza climatica e il "diritto ambientale del cambiamento"*, in V. PEPE, L. COLELLA (a cura di), *Saggi di diritto pubblico italiano e comparato, Prospettive di cambiamento*, Palazzo Vargas, Salerno, 2019, 131-170.

<sup>6</sup> M. CARDUCCI, *La Costituzione come "ecosistema" nel nuovo costituzionalismo delle Ande*, in S. Bagni (cur.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, 11; S. BALDIN, M. ZAGO (cur.), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, 2014; S. BAGNI, *Dal Welfare State al Caring State*, in Id., *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, p. 19-59; E.R. ZAFFARONI, *Pachamama, Sumak Kawsay y constituciones*, in *DPCE*, 2, 2012, pp. 422 ss.;

<sup>7</sup> V. PEPE, *Il diritto ambientale a Cuba tra principi costituzionali e nuove sfide ecologiche globali*, in *Dpce online*, v. 42, n. 1, apr. 2020, 769-788.

<sup>8</sup> La Conferenza di Stoccolma in Svezia ha portato a 109 raccomandazioni e 26 principi a favore della protezione dell'ambiente, in particolare il principio 24 della dichiarazione delle Nazioni Unite sull'ambiente che nomina le questioni internazionali relative alla protezione dell'ambiente nel rispetto della sovranità e degli interessi di tutti gli Stati.

<sup>9</sup> La Conferenza di Rio non aggiunge nulla di nuovo agli impegni assunti dagli Stati nel campo dello sviluppo sostenibile: esiste una chiara divergenza di opinioni tra i paesi sviluppati e quelli in via di sviluppo, sebbene il quadro teorico dello sviluppo sostenibile mirasse a sviluppare le loro relazioni economico. Si pensi alla posizione dei paesi esportatori di petrolio, dei paesi sottosviluppati, dei paesi più vulnerabili ai cambiamenti ecologici globali e persino a livello dei paesi sviluppati. La conferenza non ha affrontato alcune questioni spinose come l'impatto del commercio globale sull'ambiente, l'impatto delle armi sull'ambiente globale, l'impatto delle società multinazionali sull'ambiente, ecc.

internazionale al fine di proteggere l'ambiente da danni e atti illegali derivanti dall'abuso di risorse naturali.

E da questa prospettiva il Marocco ha adottato un approccio giuridico integrato, basato sull'intervento statale nella gestione dei rischi ambientali e nel rispetto, protezione e conservazione dell'ambiente, nonché un certo numero di disposizioni giuridiche volte a proteggere l'ambiente e proteggere la salute e la sicurezza dei cittadini. Il Marocco è stato uno dei primi paesi a dirigere la politica legislativa a favore della creazione di organi e istituzioni interessati alla protezione dell'ambiente, a partire dal 1972, con la creazione del Segretariato di Stato per l'ambiente, poi con la creazione del Consiglio nazionale per l'ambiente nel 1995 e nel 2011 con la creazione del Consiglio economico, sociale e ambientale, a cui hanno fatto seguito una serie di disposizioni legali volte a proteggere l'ambiente e preservare la salute e la sicurezza dei cittadini, attraverso una denominazione simile "a quanto disposto nella Costituzione francese"<sup>10</sup>.

Non vi è dubbio che la protezione giuridica dell'ambiente<sup>11</sup> è uno dei principali input per il mantenimento dell'ambiente e per adeguare il suo status, pertanto è sempre stato evidente l'interesse di ricercare mezzi giuridici per proteggerlo. La legislazione marocchina in molti numerosi testi giuridici copre una vasta gamma di settori ambientali, come acqua, foreste, piante, decontaminazione, controllo dell'inquinamento e protezione del bestiame. Questo è il motivo per cui il legislatore cerca di ottenere la massima estensione di protezione legale per l'ambiente<sup>12</sup>.

Possiamo dire che l'ambiente è un obiettivo primordiale di mantenimento dell'ordine pubblico nei suoi tre significati di pubblica sicurezza, sanità pubblica e tranquillità pubblica, che costituisce il "sistema ambientale pubblico".

La questione dell'ambiente è di grande importanza, dato lo *status* che occupa nell'Università e nella giurisprudenza, nonché nel mondo in generale e in Marocco in

---

<sup>10</sup> "Le sue competenze in materia ambientale sono state introdotte con la legge costituzionale 2008-724 del 23 luglio 2008, la quale ne ha cambiato il nome da 'Consiglio economico e sociale' a 'Consiglio economico, sociale e ambientale'". E. STEFANELLI, *La Costituzione economica del Marocco: tra commitment liberista e settore pubblico dell'economia*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2017, cit. p. 24, nota 114.

<sup>11</sup> Il concetto di "protezione ambientale" si è evoluto nel corso degli anni, pertanto non si limita più alla lotta contro l'inquinamento e le radiazioni, ma si estende alla protezione della salute pubblica, patrimonio, risorse naturali e diversità degli organismi viventi. Il principio di protezione non si limita alla prevenzione delle attività inquinanti all'interno dei servizi di polizia amministrativa, ma comprende anche tutte le misure da adottare, come la prevenzione, il trattamento o la riduzione dei danni. Vedi H. MEKDAD, *Environmental Law*, I, New Success Press, Casablanca, 2012, p. 81-87.

<sup>12</sup> Il Marocco ha un vasto arsenale legale in materia ambientale che copre tutti gli elementi dell'ambiente, il più importante di questi testi è, ad esempio, il Dahir del 25 agosto 1914 che regola gli stabilimenti insalubri, e pericolosi, o il Dahir del 10 ottobre 1917 sulla conservazione e lo sfruttamento delle foreste. Nel novembre 1973, la pesca marittima e la protezione dell'ambiente sono state rafforzate dall'entrata in vigore delle moderne leggi sulla protezione ambientale, come la legge 36.15 sull'acqua, la legge 11.03 sulla protezione e promozione dell'ambiente, legge 12.03 sulla valutazione dell'impatto ambientale, legge 13.03 sulla lotta all'inquinamento atmosferico, legge 19.03 sulle energie rinnovabili e la più recente legge 77.15 che vieta la fabbricazione, importazione, esportazione, commercializzazione e utilizzo di sacchetti di plastica.

particolare, il crescente interesse suscitato da questioni di sicurezza ambientale, consapevoli del pericolo di vita, dopo i radicali cambiamenti nei settori dell'industria e negli investimenti in cui è evidente come la conservazione ambientale rappresenti una grande sfida per lo Stato.

Per quanto riguarda l'importanza pratica della materia, può essere sintetizzata dall'evoluzione del campo scientifico e tecnologico, nonché dalle attività economiche delle aziende (fabbriche) che cercano di trarne profitto, anche a scapito delle aggressioni ambientali. È pertanto necessario valutare la legislazione ambientale e la sua portata, reale testimonianza dello sviluppo.

Le tendenze adottate dalla politica legislativa ambientale per combattere le terribili violazioni che impediscono i progressi in campo ambientale non dipendono più da soluzioni scientifiche e tecnologiche, ma piuttosto dall'approccio giuridico, tenendo conto della consapevolezza da parte dei paesi della necessità di fare affidamento su normative legali che troveranno soluzioni adeguate e anche di controllare il comportamento umano in relazione all'ambiente. Pertanto, il legislatore ai sensi della legge sull'ambiente intende proteggerlo e preservarlo da varie forme di minaccia e sabotaggio, cercando di istituire un sistema giuridico completo nel settore ambientale, sia nel contesto dello sviluppo economico, che nell'ambito del potere discrezionale concesso al dipartimento responsabile della protezione ambientale.

## **2. L'ambiente e la Costituzione marocchina.**

La costituzione del Regno del Marocco ha adottato norme ambientali volte a stabilire la base giuridica per la protezione dell'ambiente a livello nazionale, che costituisce una risposta e un solido riflesso delle norme internazionali in termini di legislazione interna. Nei contesti costituzionali in cui viene citato il termine ambiente, il legislatore si ispira al contenuto del primo principio della dichiarazione di Stoccolma del 1972<sup>13</sup>, nonché al primo principio della dichiarazione del Summit della Terra<sup>14</sup> (Rio 1992). Nell'analisi attenta del documento costituzionale<sup>15</sup>, abbiamo notato

---

<sup>13</sup> Il primo principio della Dichiarazione di Stoccolma è il seguente: "L'uomo ha un diritto fondamentale alla libertà, all'eguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere".

<sup>14</sup> Il primo principio della Dichiarazione di Rio (Vertice della Terra) è: "Gli esseri umani sono al centro delle preoccupazioni relative allo sviluppo sostenibile. Essi hanno diritto ad una vita sana e produttiva in armonia con la natura".

<sup>15</sup> Si veda D. BASRI, *Evolution Constitutionnelle au Maroc depuis 1962*, in D. BASRI, M. ROUSSET, G. VEDEL (a cura di) *Trente Années de Vie Constitutionnelle au Maroc*, Paris, 1993. Cfr. L. FORGERE, *La Constitution Marocaine du 7 Decembre 1962*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, Vol. I, 1962. C. SBAILO', *Diritto Pubblico dell'Islam Mediterraneo. Linee Evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Padova, 2015, p. 60.

che la protezione ambientale è stata formulata in termini chiari che permettono di analizzarlo sotto molti aspetti.

Dal punto di vista giuridico il legislatore costituzionale ha dedicato il secondo capitolo della Costituzione alle libertà e ai diritti fondamentali, e all'articolo 19 della Costituzione si afferma l'uguaglianza di uomini e donne nel godimento dei diritti e delle libertà ambientali stabiliti nella carta costituzionale e in quelli previsti da convenzioni e patti internazionali. Il diritto alla vita enunciato all'articolo 20 rappresenta una preoccupazione comune relazionata alla protezione dell'ambiente. L'articolo 27 prevede il diritto all'informazione, e l'informazione in materia ambiente è essenziale: parlare di ambiente richiede la disponibilità di informazioni, l'accesso a rapporti completi, cifre e statistiche per raggiungere obiettivi di sviluppo legati al rispetto dell'ambiente. Per la prima volta, la Costituzione prevede che i cittadini abbiano il diritto di accedere [...] all'acqua, di vivere in un ambiente sano e di beneficiare di uno sviluppo sostenibile. Conformemente alla regola dell'uguaglianza, nel senso che il contesto è un contesto umano privilegiato coerente con il contenuto delle due principali statuizioni internazionali (primi principi delle costituzioni di Stoccolma e Rio), l'articolo 40 della Costituzione prevede il diritto solidarietà per sostenere i costi dello sviluppo. Per quanto riguarda l'articolo 35, l'evoluzione del linguaggio costituzionale è evidente con l'adozione da parte del legislatore di regole per risultati futuri, affermando che: *“L'Etat garantit [...] et œuvre au développement humain, ce qui favorise la préservation des ressources naturelles nationales, les droits des générations futures”*. È una dichiarazione esplicita sulla conservazione degli elementi dell'ambiente naturale e la garanzia di uno sviluppo sostenibile ai fini della presa in carica di ciò che sarà lasciato alle generazioni future e da una generazione all'altra.

Dal punto di vista legislativo il legislatore ha conferito potere legislativo in campo ambientale al “potere legislativo” [Parlamento], che è anche un indicatore di peculiarità delle norme ambientali nella piramide giuridica nazionale. L'articolo 71 della Costituzione prevede: *«La loi [...]: Les règles sur la gestion de l'environnement, la protection des ressources naturelles et le développement durable – le système hydrique et forestier, la reconstruction et la préparation des sols»*. Nello stesso articolo, è stato aggiunto che: *«Le Parlement [...] a le pouvoir de voter des lois qui établissent un cadre environnemental et culturel...»*.

A livello costituzionale la Costituzione dedica il capitolo 11 al *Consiglio economico, sociale e ambientale*, che fornisce consulenza al governo e al parlamento su questioni economiche, sociali e ambientali, nonché il suo parere sugli orientamenti generali per lo sviluppo sostenibile. La Costituzione prevede anche altri organi, come il Consiglio nazionale per i diritti umani, che affrontano le questioni ambientali dal punto di vista dei diritti umani, nonché il buon governo e lo sviluppo umano e sostenibile. Altro

dato importante sta nel fatto che il Marocco ha compiuto un *effort* costituzionale<sup>16</sup>, sull'esempio dei paesi che hanno considerato la dimensione ambientale e che hanno dato vita a "costituzioni ambientali", sebbene queste Costituzioni differiscano nella loro natura *généraliste*.

Alcuni modelli costituzionali hanno esplicitamente dichiarato la definizione e la protezione del diritto umano a un ambiente sano come la Costituzione spagnola del 1978, che al paragrafo 1 dell'articolo 45 recita il diritto godere di un ambiente favorevole al progresso umano e adempiere l'obbligo di preservarlo. Anche la Francia, la cui Costituzione è la terza più antica dell'era moderna, ha modificato la sua Costituzione del 1958 per includere i diritti e i doveri ambientali con la *Charte de l'Environnement* del 2005<sup>17</sup>.

### **3. Il quadro istituzionale per la protezione ambientale: gli attori istituzionali.**

Mentre alcuni paesi hanno creato un Ministero dell'ambiente, che, secondo molti autori, è compatibile con questo tipo di attività, altri hanno preferito la distribuzione di compiti ambientali tra i ministeri già esistenti.

Il Marocco rientra tra i paesi che segue la seconda direzione.

Ad oggi, non esiste un ministero esclusivo responsabile delle funzioni politiche e amministrative che riguardano l'ambiente. D'altra parte, è stato nel 1972 che quest'ultimo è entrato per la prima volta nel governo, nel quadro di un ministero incaricato di abitazione, costruzione e ristrutturazione. Nell'aprile 1985 è stata creata la direzione per la ricostruzione e lo sviluppo del territorio nazionale e dell'ambiente e comprende una sezione sull'ambiente collegata al ministero degli Interni.

Inoltre, il Ministero dell'Energia, dei Minerali, dell'Acqua e dell'Ambiente, in coordinamento con tutti i ministeri interessati alla preparazione e attuazione della politica nazionale in materia di ambiente e sviluppo sostenibile, è incaricato di istituire meccanismi e procedure e svolgerà attività e programmi per l'attuazione di compiti tra cui lo sviluppo di una cultura del coordinamento - Ambiente e sviluppo - e un approccio partecipativo per coordinare gli sforzi e razionalizzare le possibilità delle principali linee di intervento del ministero in questione.

Oltre a questi percorsi, Bisogna ricordare che il Consiglio nazionale per l'ambiente opera come organo di consultazione, coordinamento e proposte. E garantisce che le preoccupazioni ambientali siano integrate nei percorsi di sviluppo economico e

---

<sup>16</sup> K. HASSAN, *Fondement constitutionnel de la protection de l'environnement au Maroc*, intervention faite dans le cadre de la première conférence internationale sur l'environnement et le développement durable, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Casablanca, 4, 5 et 6 maggio 2016.

<sup>17</sup> AL-SHENNAWI WALID MOHAMMED, '*Protection constitutionnelle des droits environnementaux – Etude comparative*, Dar al-Fikr, Mansoura, 2013.

sociale al fine di raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile. Controlla anche bozze di testi giuridici e legislativi e monitora gli studi fatti in questa direzione.

Il settore ambientale beneficia inoltre di fondi di sostegno e meccanismi concreti per attuare strategie nazionali, vale a dire:

- *Le Fonds pour la pollution industrielle*, che contribuisce alla riduzione dell'inquinamento legato alla produzione industriale e al rispetto degli standard ambientali in conformità con il ripristino delle unità industriali e l'uso razionale delle risorse naturali.

- *Le Fonds national pour l'environnement*, un meccanismo "catalitico" per finanziare la conservazione dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile in tutti i settori.

- *Le Mécanisme de développement propre (MDP)*, è un meccanismo internazionale volto a ridurre le emissioni di gas a effetto serra incoraggiando gli investimenti in tecnologie pulite. Il Marocco attualmente ha una serie di progetti che rispettano le condizioni d'uso di questo meccanismo in diversi settori, come l'energia, l'industria, i trasporti, la decontaminazione ...

- *La voie du développement durable*: il Marocco ha adottato il concetto di sviluppo sostenibile nella sua strategia di sviluppo perché promuove l'equilibrio tra dimensione economica, ambientale e sociale, con l'obiettivo di migliorare la qualità della vita dei cittadini, promuovendo gestione sostenibile delle risorse naturali e la promozione di attività economiche che rispettino l'ambiente.

Altri attori sono coinvolti nella protezione ambientale, vale a dire: il consiglio economico, sociale e ambientale, istituito ai sensi della Costituzione del 2011, è responsabile di esprimere il proprio parere su progetti, proposte e problemi che gli vengono sottoposti entro un massimo di tre mesi dalla data della presentazione, che è ridotta a venti giorni in casi di emergenza e i motivi devono giustificarlo nella lettera di riferimento che il governo o le due camere del Parlamento, o qualsiasi altra persona sottopone al consiglio.

La Fondazione Mohammed VI per l'ambiente: se proteggere l'ambiente oggi è un motore di crescita per tutti i paesi del mondo, lo è anche per il Marocco. In particolare, le affascinanti riserve di ricchezze naturali, rendono il settore turistico uno dei pilastri dell'economia nazionale. Consapevole che parte del patrimonio ambientale del Paese è minacciato e che tutti noi dovremo affrontare una sfida senza precedenti, la Fondazione Mohammed VI per la protezione dell'ambiente ha avviato un risveglio consapevole e una responsabilità condivisa che coinvolge tutti gli attori convinti dell'idea di cambiamento per un ambiente migliore. A questo proposito, la Fondazione Mohammed VI per la protezione dell'ambiente partecipa all'identificazione, programmazione e realizzazione di progetti ambientali e sostenibili che abbiano un impatto diretto sulla vita della popolazione. Trentasei ONG di tutto il Marocco aderiscono alla protezione ambientale della Fondazione, partecipando a conferenze nazionali e internazionali e sono molto attive e

contribuiscono alla promozione dell'istruzione e della consapevolezza pubblica sulle questioni ambientali.

#### **4. I principi e gli strumenti della politica ambientale nazionale.**

Nel quadro dei principi e delle azioni a tutela dell'ambiente sono anche adottate misure preventive e miglioramenti delle misure sanzionatorie (punitive).

L'adozione di misure preventive sono quelle favorite: i danni causati dal degrado ambientale non possono normalmente essere compensati, la biodiversità non può essere ripristinata o completamente compensata, quindi è essenziale che gli sforzi si concentrino sulla prevenzione e la protezione di risorse biologiche globali. L'inquinamento risulta anche molto costoso perché è dannoso per la salute e il problema diventa più grave se ritardiamo il monitoraggio. Inoltre, nonostante il loro costo, le misure di controllo dell'inquinamento per proteggere l'ambiente hanno molti benefici per la comunità. A questo proposito, la prevenzione rimane preferibile alla "cura".

Agire per combattere l'inquinamento è più economico che investire per compensare il danno. I responsabili politici riconoscono che il trattamento degli ecosistemi degradati è costoso e richiede molto tempo.

L'applicazione delle misure ambientali previste dalle esigenze di previsioni e di prevenzione pone altre difficoltà, che a volte devono essere precedute da posizioni scientifiche confermate e dall'accettabilità politica degli effetti dannosi generali. Inoltre, le conoscenze necessarie per prevedere il danno ambientale sono spesso insufficienti o deboli. Presentano anche un grave difetto in prospettiva futura: queste valutazioni vengono eseguite per settore, che spesso elimina la visione globale integrata (ad esempio, l'uso multiplo delle risorse naturali e la capacità di ricerca, creazione e gestione dei sistemi comuni di raccolta, il trattamento e smaltimento dei rifiuti).

Miglioramenti delle misure sanzionatorie: questo miglioramento deve riguardare tutta la legislazione relativa alla protezione dell'ambiente, un'azione che può essere condotta in due direzioni complementari: quantitativa e qualitativa.

I miglioramenti quantitativi hanno l'obiettivo finale di garantire la massima efficacia dell'applicazione dei testi giuridici senza pregiudicare gli sforzi di sviluppo economico dello Stato e degli attori economici. Per quanto riguarda queste considerazioni, la legge n. 13.03 sulla lotta contro l'inquinamento atmosferico è punibile con un'ammenda da 1.000 a 20.000 dirham, e può essere oggetto di una pena detentiva. Pertanto, ogni persona che ostacola la supervisione o l'esercizio delle funzioni delle persone di cui all'articolo 9 di questa legge è punita con una multa da cento (100) a diecimila (10.000) dirham.

Per quanto riguarda l'approccio qualitativo, a questo livello l'adozione di requisiti legali non si limita alle sanzioni finanziarie, ma comprende anche sanzioni amministrative e un meccanismo efficace di risarcimento civile per i danni causati. Alcuni chiarimenti devono essere fatti riguardo agli aspetti legali delle sanzioni.

Per quanto riguarda le sanzioni penali, sono necessarie in modo conservativo affinché la legislazione ambientale contemporanea favorisca sempre più le misure motivazionali e preventive. Il diritto penale in questo settore prevede solo una regola generale limitata. Le riforme, che includevano il quadro legislativo marocchino per la gestione ambientale, non prevedevano sanzioni penali.

Di conseguenza, al fine di garantire una migliore efficienza di questo sistema penale, i testi riguardanti principalmente l'inquinamento industriale dovrebbero stabilire il principio della responsabilità penale dell'imprenditore nel campo dell'inquinamento solo in caso di delega di poteri. Questa tecnica funzionerà ampiamente nel settore marittimo per aumentare la responsabilità del gestore.

Per quanto riguarda le sanzioni amministrative, vengono spesso applicate più rapidamente rispetto alle sanzioni penali, il che è positivo in campo ambientale. In particolare, si pensi alla revoca della licenza e la sospensione totale o parziale di attività dannose per l'ambiente. A questo proposito, si rinvia alle disposizioni dell'articolo 13 della legge n. 03-11 sulla protezione e la valorizzazione dell'ambiente.

## **5. Un'espansione urbana a spese dell'ambiente.**

Il Regno del Marocco sta vivendo un'urbanizzazione senza precedenti, che ha portato all'invasione dello spazio verde da parte del calcestruzzo, e questa è una delle caratteristiche principali dello sviluppo attuale, ma allo stesso tempo ha esacerbato problemi sociali ambientali come il fenomeno della migrazione rurale verso le città e la diffusione della frammentazione casuale e della costruzione illegale. Dietro questa osservazione, la distorta realtà ha manifestato innumerevoli problemi su più livelli e violato le condizioni e i requisiti di uno sviluppo urbano equilibrato, indicando l'incapacità dello Stato di raggiungere l'equilibrio ambientale e creare le condizioni necessarie allo sviluppo e al soddisfacimento dei bisogni sociali della popolazione.

Si pensi inoltre al degrado della qualità della vita da parte di *projectiles* liquidi, solidi e gassosi risultanti da varie attività economiche e domestiche, e all'espansione urbana a spese delle aree agricole e degli spazi verdi. A causa della sua sensibilità e morfologia, la gestione urbana è la più complessa perché determina l'equilibrio tra uomo e ambiente e rappresenta un indicatore molto significativo della qualità della vita e del grado di benessere. L'espansione urbana ha avuto un impatto negativo sugli spazi verdi della città: molte città hanno perso il loro splendore, grandi aree

agricole verdi, sotto l'influenza di un'urbanizzazione accelerata, di una riproduzione caotica di abitazioni inadeguate e di un consumo eccessivo di fertili terreni agricoli alla periferia di grandi città come Casablanca, Rabat, Fez, Meknes, ecc.

Sembra che i pianificatori e i funzionari amministrativi abbiano a lungo ritenuto complesso risolvere il problema della riconciliazione della ricostruzione con lo sviluppo del paese e la protezione ambientale, che ha portato a una predominanza dell'approccio giuridico, tecnico e istituzionale. Inoltre, alcuni gruppi di pressione sono sensibili ai vincoli ambientali a causa delle questioni principali e degli interessi privati responsabili del degrado ambientale. La lobby è composta da grandi imprese statali e appaltatori privati impegnati in attività che minacciano l'ambiente.

## **6. Brevi conclusioni.**

Il rafforzamento del quadro giuridico per la protezione dell'ambiente a livello mondiale richiede uno sforzo legislativo per colmare le lacune e le imperfezioni della legislazione ambientale che lo rende tecnico e frammentato, limitando così l'efficacia dei mezzi giuridici in termini di protezione ambientale.

Pertanto, anche in Marocco, il raggiungimento il contenuto della legislazione ambientale, ancora settoriale è ancora lontano da un approccio globale integrato, che renderebbe l'ambiente un insieme di aree coerenti e garantirebbe un equilibrio tra visioni complementari: la salvaguardia dell'ambiente per le generazioni presenti e future e il perseguimento dello sviluppo economico al fine di migliorare la sicurezza ambientale globale.

Nel suo rapporto del 6 marzo 2017, l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha lanciato l'allarme sul piano globale in relazione all'ambiente per i gravi inquinanti che causano la morte di 1,7 milioni di bambini ogni anno a causa del riciclaggio dei rifiuti elettronici - e questo al fine di combattere le sostanze chimiche nocive contenute negli alimenti, nell'acqua, nell'aria ... e il deterioramento dei servizi sanitari e l'aumento dell'incidenza di sostanze chimiche. L'OMS ha inoltre invitato i governi a migliorare la qualità dell'acqua potabile, dei servizi igienici e sanitari e a ridurre l'inquinamento atmosferico causato dai cambiamenti climatici, per prevenire i rischi ambientali, al fine di raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile.

Questo è solo un esempio di come l'inquinamento incide sulla qualità della vita umana. Si può concludere, dunque, che la gestione ambientale globale risulta un compito molto ambizioso e complesso, che richiede non solo di affrontare i rischi ambientali attraverso vari interventi e a diversi livelli, ma anche di trovare un equilibrio tra vari interessi costituzionali, economici ed ecologici, per raggiungere una crescita economica che va di pari passo con l'uso razionale delle risorse: un

obiettivo che richiede uno stretto coordinamento tra tutte le istituzioni di gestione ambientale.

Questa sfida ecologica richiede anche il coinvolgimento di popolazioni e gruppi sociali per raggiungere gli obiettivi dell'uso razionale delle risorse e dell'adozione di nuove strategie di sviluppo sostenibile<sup>18</sup>. A nostro modo di vedere il diritto ambientale, anche in contesti come quello marocchino, deve basarsi solo sui principi della democrazia, della libertà e della solidarietà, che riflettono profondamente la partecipazione dei cittadini al processo decisionale ambientale, dimostrando ancora una volta l'importanza e il ruolo degli attori della società civile nello sviluppo di questo nuovo diritto ambientale globale.

---

<sup>18</sup> Sul punto sia consentito un rinvio a V. PEPE, *Teorie e modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, in V. PEPE, L. COLELLA (a cura di), *Saggi di diritto pubblico italiano e comparato, Prospettive di cambiamento*, Palazzo Vargas, Salerno, 2019, 19-47.

## **A DIFFICULT BALANCE OF INTERESTS: the ILVA case reaches the European Court of Human Rights**

**Ruggero Picone**

**ABSTRACT** [ENG]: The present work covers, in an international key, the legal affair that regarded the ILVA factory of Taranto. The script is divided in two parts: the first one addresses the recent verdict of the European Court of Human Rights that condemned the Italian Republic on the matter; the second one instead focuses on the sensitive issue concerning the possibility of recognizing, on the international level, the existence of a right to an healthy environment, underlying the strengths (and the weaknesses) of such eventuality.

**ABSTRACT** [ITA]: *Il presente contributo ripercorre, in chiave internazionale, la vicenda giuridica che ha riguardato lo stabilimento ILVA di Taranto. Lo scritto si snoda attraverso due direttrici: la prima affronta la recente sentenza di condanna della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo intervenuta nei confronti dell'Italia in merito alla questione oggetto della vicenda; la seconda si incentra sulla delicata questione concernente la possibilità di riconoscere, a livello internazionale, l'esistenza di un diritto ad un ambiente salubre, sottolineando i pregi (ma anche i difetti) di una simile evenienza.*

**Overview:** **1.** Introductory remarks. – **2.** A glimpse to the historical context of the dispute. – **3.** The Court's preliminary specifications. – **4.** The violation of art. 8 of the Convention and the "duty to inform" weighing upon the State. – **5.** The right to effective remedies on the national level. – **6.** A too smooth "punishment"? – **7.** The ECtHR approaches towards the "right to a healthy environment": still a far destination? – **8.** Some concerns regarding the recognition of a right to a healthy environment. – **9.** Concluding notes.

## 1. Introductory remarks.

A bit more than one year ago the European Court of Human Rights (ECtHR) pronounced itself on a dispute that, both for its duration and for the interests involved, will surely have a “historical” resonance<sup>1</sup>.

Namely, the verdict acquires importance since it inserts itself in the sensitive topic of which is the degree of decisional discretion of a State in the cases in which it has to balance different interests, such as the ones of individuals and the ones of the community.

The case stemmed from two applications (which have later been unified before the Court) promoted by 180 people regarding the effects, both on the environment and on the health of the people living and working on the interested area, of the emissions released in the air by the industrial complex of the Ilva of Taranto.

Furthermore, the applicants complained about the inability of the Italian Republic to efficiently tackle the mentioned problem, for instance through the issuance of legal measures which could give a real protection to the rights contemplated in the articles 2 (right to life) and 8 (right to respect for private and family life, home and correspondence) of the European Convention on Human Rights (ECHR).

As already referred, the sensitivity of this issue emerges from the need to balance two opposite interests: on the one hand, the economic progress and the business venture of entrepreneurs that, for different reasons, decide to undertake their activity in the European Union territory; on the other hand, the human well-being as well as the environmental protection from those behaviors which can endanger both of these aspects.

## 2. A glimpse to the historical context of the dispute.

In order to successfully understand the problem examined, it appears useful to quickly draft the historical context in which the decision that will later be addressed places itself. The Ironworks Complex of Ilva is located in the municipality of Taranto, in the region of Puglia (south of Italy) and it represents the largest factory involved in processing iron in the entire European Union<sup>2</sup>.

However, in spite of the benefits, in economic terms, that such plant can provide to the Italian Republic, it is now uncontested the fact that it is also the main source of the diseases that have been witnessed in the surroundings of that area.

---

<sup>1</sup> European Court of Human Rights, Case of Cordella and others v. Italy, Application no. 54414/13 e 54264/15, Judgment of 24 January 2019.

<sup>2</sup> It extends itself for 1500 hectares and it counts more than eleven thousand workers.

Several studies had been conducted in order to prove such negative effects both on the health of those who worked/lived in that territory and on the environment. The emissions have indeed started in the second half of the XX century, creating what has been called a “*cumulative pollution*”, which is still, nowadays, ongoing.<sup>3</sup> However, the first report which actually paid attention to such a dangerous situation dates back to 1997; in that year the World Health Organization, European Centre for Environment and Health (WHO/ECEH) published its studies in which it was highlighted a high risk for the health of the inhabitants of the area surrounding Ilva due to a relevant danger of environmental crisis affecting the territory.

The same institution, few years later (2002), conducted a research which results again emphasized the previous ones: the inhabitants of the interested area were more exposed to early death if compared to people living further from the Ironworks.

In addition, several years later (in 2007) a study conducted by the regional Agency for the prevention and protection of the environment (ARPA) ascertained an increase of cancer diseases in the population of the municipality of Taranto<sup>4</sup>.

The same point has also been reached by other inquiries conducted from 2012<sup>5</sup>, which in particular asserted how mortality percentage was higher for those who lived in that area and, also, how tumor diseases significantly raised in the mentioned territory. Some of the research conducted even concluded that a diminishing of polluting elements in the concentration of air would certainly lead to an immediate revenue for human health<sup>6</sup>. However, the cited studies did not constitute a “bolt from the blue” for the Italian Republic, on the grounds that, since 1990, the Italian Council of Ministers declared the territory of Taranto to be under an high risk of environmental crisis, requiring at the same time to the Environmental Minister to develop an operative plan which could put a break to the worsening of the conditions in that particular area.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Donato Vozza, “Oltre la giustizia penale: la Corte EDU condanna lo Stato italiano nel caso dell’Ilva di Taranto per violazione del diritto al rispetto della vita privata e del diritto ad un ricorso effettivo”, *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2/2019, 707.

<sup>4</sup> For an exhaustive analysis on the studies perpetrated, consult [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_publicazioni\\_1833\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_1833_allegato.pdf)

<sup>5</sup> P. Comba - R. Pirastu - S. Conti - M. De Santis - I. Iavarone - G. Marsili - A. Mincuzzi - G. Minelli - V. Manno - S. Minerba - L. Musmeci - I. Rashid - E. Soggiu - A. Zona, “Ambiente e salute a Taranto: studi epidemiologici e indicazioni di sanità pubblica”, *Epidemiol. Prev.*, 36(6), 2012, pp. 305 ss.

The same commission has later implemented several other studies on the same issue, which have been following the first one until 2014.

<sup>6</sup> Gruppo di lavoro per la conduzione di studi di epidemiologia analitica. Aree di Taranto e Brindisi, Studio di coorte sugli effetti delle esposizioni ambientali occupazionali sulla morbosità e mortalità della popolazione. Rapporto conclusivo, Agosto 2016.

<sup>7</sup> Deliberazione del Consiglio dei Ministri, 30 November 1990, par. 32, repeated with Deliberazione del Consiglio dei Ministri, 11 giugno 1997.

At a distance of many years from such resolution, the Italian government adopted many instruments (both of administrative and legislative matrix) which intended to “save” Ilva complex and its activities.<sup>8</sup>

Lastly, one of the most recent measures adopted by the Government<sup>9</sup> aimed at further prolonging, until August 2023, the maximum term provided for the implementation of the measures contained in the environmental plan. Such governmental act was challenged before both the regional administrative Tribunal and the Constitutional Court, but the case is still pending. Besides, several criminal proceedings were started against the personnel in charge of the Ilva on the charge, among the others allegations, to have caused an environmental disaster.

On this issue also the European Court of Justice released in the previous years a verdict that declared how Italy failed to fulfill its duties concerning the emissions in the atmosphere of polluting elements<sup>10</sup>. However, the real “lamp-wick” that triggered the proceedings before the ECJ which eventually ended in the verdict in this seminar paper analyzed, emerged within an infringement procedure initiated by the European Commission against Italy<sup>11</sup>. Namely, in this occasion the Commission released a reasoned opinion in which it asked Italy to improve the living conditions in the area surrounding the ironworks through the reduction of polluting emissions coming from the already mentioned plant<sup>12</sup>.

In light of Italy’s failure to comply with this final invitation to put an end to such an unsustainable situation, 180 people conveyed their complaints and brought the issue before the ECtHR.

### 3. The Court’s preliminary specifications.

The Court began its reasoning by pointing out that the mechanism of protection before its jurisdiction does neither allow an *actio popularis* nor it contemplates a general safeguard for the environment; in light of this clarification it did not recognize

---

<sup>8</sup> Among the different piece of legislation adopted, it is possible to cite: D.L. 3 December 2012, n. 207, *Official Journal of the Italian Republic*. 282, 3 December 2012; D.L. 10 December 2013, n. 136, *Official Journal of the Italian Republic*. 289, 10 December 2013; D.L. 5 January 2015, n. 1, *Official Journal of the Italian Republic*. 3, 5 January 2015.

<sup>9</sup> DPCM, 29 settembre 2017, art. 2, par. 2.

<sup>10</sup> Case 50/10, *European Commission v Republic of Austria*, Judgment of the Court of 31 March 2011, ECLI:EU:C:2011:200;

<sup>11</sup> Infringement procedure n. 2013/2177. For a deeper analysis on the reasons of the mentioned procedure, see: [https://www.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/073/009\\_RS/00000005.pdf](https://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/073/009_RS/00000005.pdf), 4 June 2020.

<sup>12</sup> Reasoned opinion of the Commission ex art. 258 TEUF, 16 October 2014.

the status of victims to 19 applicants who were not living nearby Ilva<sup>13</sup>. As specified in the beginning of the present work, the remaining applicants complained about the violation of art. 2, 8 and 13 of the Convention.

The ECtHR, before facing the real core of the issue, had to deal with some preliminary objections, which were solved according to a constant interpretation of the judging body. In particular, on the one hand it found inconsistent the legal exceptions of the Italian government regarding the violation of art. 35, par. 1 of the Convention; on the other hand, the Court did not consider as expired the term of six months for the applicants to present their application.

With regard to the first aspect indeed, the ECtHR reminds that the content of art. 35 aims at ensuring a subsidiary protection to those who are alleging a violation of their rights accorded by the Convention; this means that the claimant has first to take advantage of the instruments provided by its belonging State in order to find the yearned protection. However, those latter instruments must be usable, both in abstract and in practice. In the case at hand, even if different proceedings had been started on the national level, there was not a real tool that could allow the people living nearby the Ironworks to actually obtain the cessation of the emissions: what they could only do was to solicit the environmental ministry, the only one invested with the power to ask and obtain the compensation for ecological damages, to take an action in this regard and bring the case before the Court. In any case, according to the ECtHR this could not represent an “effective remedy” in the sense implied by the Convention, and therefore the applicants had not a real instrument to enforce their right, except for presenting their allegations before the ECtHR, which they actually did.

With regard to the six-months period within the applicants needed to submit their application, the Court - with a predictable reasoning - asserted that, in the case of a persisting violation of the Convention, the term starts counting from the moment in which the negative effects of the violation have expired<sup>14</sup>. Since the violations were still being perpetrated, the term had not expired yet.

---

<sup>13</sup> European Court of Human Rights, Case of Cordella and others v. Italy, cit., par. 102. In particular the Court, citing one of its most relevant precedents on the topic, reminds that, in order for an applicant to defend its rights provided by the Convention against environmental damages, he has to provide evidence of negative effects for his private or family life, and not just assert that an environmental disaster has occurred. The key point then lays in the link between environment and human's rights.

For a further analysis, see: European Court of Human Rights, Case of Fadeyeva v. Russia, Application no. 55723/00, Judgment of 9 June 2005.

<sup>14</sup> European Court of Human Rights, Case of Cordella and others v. Italy, cit., par. 130. In particular the Court believed that, since the violation is still occurring, the term of six months has not begun yet.

#### 4. The violation of art. 8 of the Convention and the “duty to inform” weighing upon the State.

The Court then focused on the first part of the allegations, which concerned the occurred violation of art. 2 and 8 of the Convention. Specifically, the Court considered the two complaints to be confused among themselves, and opted to deal only with the violation of the right to respect for private and family life, home and correspondence. However, already from this last consideration some critical remarks can be drawn. Namely, it is neither clear nor inferable in the motivation the reason of such stance. The choice to differently classify the violations would have had several consequences, both for the States - in terms of limitations in disciplining dangerous activities - and for the victims - in terms of compensation for damages.

Not even the fact that the people exposed to pollution had not, at first, developed deadly pathologies could apparently justify the choice to subsume the facts of the dispute under art. 8 ECHR. In this sense, scholars asserted that art. 2 ECHR could have founded the applicants demands in the case the “danger of death could have been demonstrated *aliunde*”<sup>15</sup>. However, it is to be specified how it is not always easy to distinguish between the two mentioned dispositions; depending on the issue, the legal interests protected by art. 2 and art. 8 ECHR tend to get confused. The main criterion then that the ECtHR adopts in order to draw a separation line among the two types refers to the effects of the denounced conducts on human health. The functioning of art. 2 ECHR becomes active in the case in which the applicants are either dead or seriously ill because of the violation denounced. According to this *discrimen*, it follows that the European Court of Human Rights subordinates the application of art. 2 of the Convention to wider and stricter inquiries; in the case such higher prerequisites are not fully reached, the Court will apply art. 8, according to the principle of subsidiarity that governs the relation among the two dispositions.

A further confirmation in this sense can be drawn from another precedent ruling of the ECtHR<sup>16</sup>, in which it was stated that health damages do not constitute prerequisites in order to assume the violation of art. 8. Namely, it is often implied in the environmental damage: “the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn”<sup>17</sup>. If the living space of human beings is in danger, then it is most likely to have occurred a prejudice also for those who live in that risky area. Besides, as it has

<sup>15</sup> S. Zirulia, Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, pp. 135 ss.

<sup>16</sup> European Court of Human Rights, Case of Lopez Ostra v. Spain, Application no. 16798/90, Judgment of 9 December 1994, par. 51.

<sup>17</sup> Parere della Corte Internazionale di Giustizia sulla Liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari, 8 July 1996, ICJ Reports (1996) 226, par. 29.

been pointed out by some scholars<sup>18</sup>, the Court could have taken the opportunity to better draft the boundaries of the two cases in point. The choice not to do so then could be reconnected to its will not to “bind itself” and thus keep its discretion margin in the analysis of the concrete cases.

From the substantial point of view, the Court asserted the occurred violation of art. 8 of the Convention, underlining the difference between the proceeding at hand and a previous case<sup>19</sup>.

In particular, art. 8 of the Convention assigns to each State both positive and negative duties. The latter ones deal with the various obligations, existing upon each State, which forbid to it to arbitrarily intervene in the private and family life of its inhabitants. Referring to the positive obligations instead, the mentioned disposition implies that the government has to adopt reasonable and appropriate measures in order to protect individuals' rights.

Therefore, not only Italy should not have negatively affected the basic rights inherent to human beings, but it had also to positively implement those actions that could neutralize any possible prejudice.

In the present case however, the ongoing bad effects of the emissions endangered the rights of the citizens of the area involved. In addition, the government did not provide the local inhabitants with a sufficient information regarding, at first, the recovery plan for the surrounding territories and, subsequently, the reasons for the delays in its implementation<sup>20</sup>.

Specifically, such obligation for the public authorities to inform citizens about the potential risks of certain activities on their surrounding environment represents a form of preventive protection, which finds its roots also in another provision of the Convention (art. 10)<sup>21</sup>. The care reserved by the Court to such aspect is justified in light of its function: it represents a sort of precondition for the protection of other rights encompassed in the Convention. Actually, rather than constituting an autonomous violation *ex art. 10* of the Convention, it is now interpreted as a procedural aspect of other dispositions, such as art. 8.

Therefore, in light of the above mentioned considerations, the Court declared the occurred violation of the latter article of the Convention that has been mentioned for

---

<sup>18</sup> Camilla Romeo, Andrea Valentino Salamino, “Bilanciamento tra tutela della salute e sviluppo economico: il caso Ilva”, *Giurisprudenza Italiana*, 10/2019, 2228.

<sup>19</sup> European Court of Human Rights, Case of Smaltini v. Italy, Application no. 43961/09 e 54264/15, Judgment of 24 March 2015. In particular, in this trial - which regarded as well the assessment of the link between the polluting emission flowing out from ILVA and the pathology of the applicant -, the Court did not censor the national verdicts which negatively responded to the issue, on the basis that, at the time of the facts, not enough research had been produced in order to establish whether such a linkage could exist.

<sup>20</sup> European Court of Human Rights, Case of Cordella and others v. Italy, *cit.*, par. 171.

<sup>21</sup> European Court of Human Rights, Case of Guerra and others v. Italy, Application no. 14967/89, Judgment of 19 February 1998, par. 43.

not having Italy adopted all the necessary measures in order to secure the effective protection of the applicants' rights to respect for their private and family life, home and correspondence and, subsequently, for not having correctly balanced the counterposed interests involved in the matter.

Yet, with regard to the latter aspect some criticisms are unavoidable. If, in fact, on the one hand the ECtHR asserts to have sufficiently evaluated all the specific situations headed both by the individuals and the community, on the other hand it did not effectively mention the exigencies of protection of workers. In particular, such contingencies actually played a crucial role in pushing the Government not to shut definitely down the Ironworks but, instead, to postpone the compliance to a later moment.

Therefore, the counterposed interests involved can eventually be summarized in two mainstream ones: legislative and jurisprudential.

The former one's main concern was to ensure the prosecution of the factory's activities in order to keep the eighteen thousands workers of IIVA still occupied, in light also of the job related difficulties existing in the Southern part of Italy.

The latter one instead aimed at providing a satisfactory protection of both people and environment, placing in a virtual scale those values in an higher position than the employments one.<sup>22</sup>

However, maybe these two conceptions appear too far from each other, ignoring that a ground of contact should be found (or, even better, *should have been founded*) especially in similar situations in which leaving everyone pleased is not that easy. According to the writer's point of view indeed, neither of the two extreme solutions can be embraced. On the one hand, it is important to avoid the prosecution of the activities if it has been positively ascertained that such operations cause dangerous pathologies on the local population; on the other hand it is not possible to close down the ironwork as it never existed before, regardless of the eighteen-thousands families which would lose their primary source of income.

The goal therefore should be a win-win situation: no illness-no poverty.

In order to do so then, economical investments are necessary. In the present international context, the care for values (such as the environmental protection) which were in the past ignored is significantly raising, through an attentive protection that finds its roots both in international law, European law as well as in national constitutions.

Translating the above-mentioned considerations to the case at hand, they implied that it is required, to those who carry out a business which has a relevant impact in some particular field, the respect of certain interests which cannot be attributed only to specific individuals but to the community as a whole. Then, the factories' obliga-

<sup>22</sup> Donato Vozza, "Oltre la giustizia penale", cit., 716.

tions are not anymore identifiable only in the *production* itself of goods or services, but they relate also (and, maybe, “mainly”) to the *procedure* employed in order to reach that production; a procedure that must be respectful of the different rights and values that can be prejudiced by the implementation of the manufacturing cycle.

## 5. The right to effective remedies on the national level.

The second claim alleged by the applicants related to the violation of art. 13 of the Convention.

In particular, the citizens complained about the lack of a national effective remedy that would ensure the decontamination of the polluted territory.

Namely, art. 452 *quater* of the Criminal Proceeding Code, which apparently could seem a relevant disposition for the case at hand, only refers to business in which the activities are run with the absence of a legislative or administrative authorization<sup>23</sup>. In addition, the mere fact that criminal proceedings had been initiated against the CEO of the Ironwork, as well as against those personnel in charge of ILVA, did not constitute an effective safeguard which would grant, on the one hand, the definitive removal of the censored behavior and, on the other hand, the devolution of the contained areas.

Having those hypothesis been excluded, to the damaged population the only tool left to use was to formally invite the Environment Ministry to censor the complained behaviors before the judicial authorities<sup>24</sup>.

However, as the ECtHR already pointed out in a previous judgment - that, besides, dealt with another environmental issue for which the Italian government had been found guilty - the latter hypothesis “could not be said to constitute an effective remedy” at the disposal of the parties<sup>25</sup>; on the contrary it appears more to the writer as a *relative remedy*, for the implementation of which it is necessarily needed the intervention of an “intermediator” (the Environment Ministry).

In light of the witnessed impossibility for the applicants to enforce their rights through national instruments in a manner that would eventually lead to the recovery of the interested territories, the European Court of Human Rights agreed upon the intervened infringement of art. 13 of the Convention, for not having the Italian Government provided proper measures in order to restore the situation.

<sup>23</sup> European Court of Human Rights, Case of Cordella and others v. Italy, cit., par. 116.

<sup>24</sup> See *supra*, par. 3.

<sup>25</sup> European Court of Human Rights, Case of Di Sarno and others v. Italy, Application no. 30765/08, Judgment of 10 January 2012.

## 6. A too smooth “punishment”?

If the final verdict of the Court does not appear particularly surprising, constituting the expression of a general strict approach held by the ECtHR in dealing with similar cases, at the same time it is not possible to assert that the real “condemn” was as well so predictable.

According to art. 41 of the ECHR, once the Court ascertains a violation of one of the Convention’s disposition (or of its protocols) and, contextually, believes that the consequences of these transgressions cannot be easily neutralized, it “shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party”.

From the literal scope of the disposition, it is possible to grasp that the Court has also the *power* - or, as the other side of the coin, the *burden* - to grant to the injured parties a *just satisfaction* in economic terms.

However, in the present case such compensation was not awarded and, furthermore, the reasons justifying such decision resemble particularly cryptic. Namely, for the Court the mere confirmation, in that forum, of the Italian State failure in both respecting private and family life of the applicants and providing them with an effective remedy is a sufficient restoration for the moral damages suffered by the inhabitants of that area<sup>26</sup>. What the Court recognized to the applicants, in economic term, was only the compensation for the expenses they incurred in, for which the Italian State was responsible<sup>27</sup>.

## 7. The ECtHR approaches towards the “right to a healthy environment”: still a far destination?

*Cordella* case represents one of the last belays of an enduring journey, which destination is still unknown both in terms of its real achieving and the duration of the process in this sense.

Again the ECtHR, even having one more chance to consecrate once for all the existence of a right to a healthy environment, opted not to move in this direction. Namely, the European Convention on Human Rights does not include, among its provisions, a right to a healthy environment. The protection of the environment is indeed the result of a long process that had as its main actor the Strasbourg Court. However, as just pointed out, the Court has never arrived to declare the actuality of such right; on the contrary, it offers to the environment a *mediated* safeguard: it ac-

<sup>26</sup> European Court of Human Rights, Case of Cordella and others v. Italy, cit., par. 186.

<sup>27</sup> However, also with regard to this aspect, the Court did not completely uphold the applicants requests (which raised also until 96.807,51 euros). Namely, it found reasonable to afford each application with a sum that, in maximum, was of 5.000 euros.

quires importance in order to ensure the proper enforcement of other rights covered by the Convention. In other words, “the quality of the first one is improved and protected if it is functional to a better enjoyment of the second”<sup>28</sup>.

Therefore, the right to a healthy environment represents a jurisprudential reprocessing of already existing rights in an environmental perspective; oppositely, it cannot be intended as a right to environmental integrity in a strict sense. Exemplary in this sense are the approaches held by the ECtHR in some previous cases it dealt with and which invested this subject. In particular, it is possible to subsume them in two macro-areas, related to two different kinds of problems the Court had to face.

The first type of matters brought the ECtHR to wonder whether certain environmental exigencies could justify *restrictions* of other fundamental rights granted by the Convention (such as, for example, property rights). In this sense, the answer depends on the specific situation, since an abstract and general limitation cannot be accepted.

Another typology of questions referred to the link between the environmental condition and the *fruition* of other rights granted by the Convention. The Cordella case inserts itself in this second group, in which the environmental protection is essential for not prejudicing other rights recognized in the Convention (and, in this dispute, mainly art. 8).

The absence of an expressed provision which commends the respect of the environment in an “unilateral” way should not surprise: the Convention was drafted in a period (1950) in which the exigencies reconnected to the environment were not felt as of primary importance.

However, it is undeniable that the European culture would not be new to a similar arrangement. Already in ancient Rome indeed environmental turbative represented a hypothesis of *immissiones in alienum*, sanctioned by the Digestum<sup>29</sup>.

Besides, nowadays, out of the strict European context, several nations encompassed among the protection of human rights also the environment<sup>30</sup>. Such tendency shows how the concern regarding the status of the environment in which people live is significantly raising, so much that it is not to be excluded that it will find a place also within the frame of the European Union.

---

<sup>28</sup> Alessio Scarcella, “Violated the Right to Health and to an Effective Remedy for Residents in the Area at High Risk of Environmental Pollution Caused by the Ilva Steelworks in Taranto”, *Cassazione Penale*, 5/2019, 2300.

<sup>29</sup> Dig.8.5.8.5 Ulpianus 17. See also Camilla Romeo, Andrea Valentino Salamino, “Bilanciamento tra tutela della salute e sviluppo economico”, cit., 2233.

<sup>30</sup> Carta Africana dei Diritti dell’Uomo e dei Popoli, 27 giugno 1981, UNTC 26363, art. 24; Protocollo addizionale alla Convenzione americana dei diritti umani nel campo dei diritti economici, sociali e culturali (Protocollo di San Salvador), 17 novembre 1988, art. 11; Carta Araba sui Diritti Umani, 15 settembre 1994 (emen- data il 22 maggio 2004), art. 38

## 8. Some concerns regarding the recognition of a right to a healthy environment.

According to the writer some specifications regarding the recognition of a right to a healthy environment should be outlined.

In fact, even if from an abstract point of view it will surely be an achievement, several difficulties would emerge when such ambitious project is translated into reality: undocking the environmental protection from human rights and dealing with it on its own would lead to an unclear delimitation of those who are entitled to censure its disrespect. Subsequently, the notion of *victim*, around which the entire system of allegations before the ECtHR is centered, would lose its relevance with regard only to this right. The result would be a chaotic hunk of disputes that could not be anymore avoided through the filter of the interest to the removal of the violation: paradoxically, if separated from human rights, the environmental protection could be invoked from any citizen of a State part of the Convention, even if not directly affected from the negative situation alleged in the recourse.

Notwithstanding the consideration that such protection would really be effective for the environment, it still seems too premature. However the path that will eventually lead to the recognition of a similar right on the international and European level has already been engaged, especially thanks to the contribution of the ECtHR. Besides, such destination appears necessary in a world which, through the globalization process that has blustered in the last two centuries, is becoming “smaller” than before and where it becomes gradually more difficult to distinguish whose exigencies come to have relevance.

After all, it becomes even more actual what has already been theorized in 1950 by an English mathematician: “the movement of single electron for a billionth centimeter, at a given moment, could mean the difference between two really different events, as the death of a man one year later, because of an avalanche or his salvation”<sup>31</sup>.

## 9. Concluding notes.

The overall analysis of the Court’s pronouncement appears to be positive. It is indeed to be agreed the position of the ECtHR towards the questionable approach of the Italian legislator which favored the economic interests over the relevant human rights.

---

<sup>31</sup> Alan Turing, “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind*, 1950.

However, as it has been efficiently outlined by some scholars, it is still unclear which are the real obligations on this matters upon the Members of the Convention<sup>32</sup>. Regarding the particular episode object of this seminar paper, one obligations towards the Italian government, even if implied, arises from the verdict. Namely, the Court pointed out, in the final part of its award, that the recovery initiatives concerning both the steelwork and its surrounding territory are of primary importance and urgent. It follows that the plan adopted by the Italian government in this sense must be implemented in the least amount of time possible<sup>33</sup>.

Such conclusion entails that it will not possible to wait until 2023 (the initial term set by the Italian Government) for the final compliance with the EU parameters, but that such deadline will have to be conspicuously anticipated.

Besides, as it has already underlined before in this work<sup>34</sup>, the final compensation is not exempt from criticisms.

Criticisms against which the involved applicants tried to appeal before the Great Chamber, complaining about the high margin of discretion the Court left to the Italian State, both in terms of measures to implement and times in order to do so. However the allegations of the parties<sup>35</sup> did not pass the preliminary screening of the Court and therefore the decision turned to be definitive.

Again then the Court, even though it seemed to enter the correct direction in the sense of finally granting a right to an healthy environment, appears to be far from such a “goal”.

Perhaps, as it has previously been outlined in the present work, the time is still not ripe enough for a similar achievement: to posterity the arduous judgment.

---

<sup>32</sup> Camilla Romeo, Andrea Valentino Salamino, “Bilanciamento”, cit., 2236.

<sup>33</sup> European Court of Human Rights, Case of Cordella and others v. Italy, cit., par. 181.

<sup>34</sup> See *supra*, par. 6.

<sup>35</sup> Which related to the missing analysis of art. 2 (right to life), as well as to the lack of displaying the exact measures to be implemented (art. 46 CEDU) and, finally, to the compensation for the moral damages suffered (art. 41 CEDU).

# RELAZIONI TRA CITTÀ E CAMPAGNA: LA PERIFERIA NON URBANIZZATA E LA QUESTIONE DELLE ZONE AGRICOLE

Marco Brocca

**ABSTRACT** [ITA]: Il contributo intende esaminare il tema delle periferie urbane evidenziando le intersezioni con la questione delle zone agricole, prospettiva che si ritiene utile per far emergere, da un lato, la multifunzionalità e le potenzialità delle periferie e, dall'altro, la rinnovata vitalità delle attività agricole soprattutto nella dimensione urbana. Dall'approccio iniziale, fornito dal diritto urbanistico con la categoria della "zona agricola" nell'ambito della pianificazione comunale, sono seguiti filoni normativi, come quello relativo all'agricoltura urbana, che segnano nuovi usi del territorio, particolarmente orientati a finalità di natura sociale e ambientale senza rinunciare al perseguimento di benefici economici.

**ABSTRACT** [ENG]: *The paper aims to examine the theme of urban peripheries highlighting the intersections with the issue of rural areas, a perspective that it is considered useful to bring out, on the one hand, multi-functionality and potential of the peripheries and on the other, the renewed vitality of agricultural activities especially in the urban dimension. Starting from the initial approach, provided by urban planning law with the category of "rural area" in the context of city planning, regulatory approaches have been followed, such as the one that relating to urban agriculture, which mark new uses of the territory, particularly oriented towards social and environmental purposes without giving up the pursuit of economic benefits.*

**Sommario:** **1.** I termini del rapporto e la genesi normativa. Il contributo del diritto urbanistico. – **2.** La lettura della giurisprudenza. – **3.** Il ruolo del legislatore regionale e i difficili rapporti con quello statale. – **4.** Settori contigui: il diritto del paesaggio. – **5.** Multidimensionalità delle aree agricole e recenti tendenze di valorizzazione. Nuove rappresentazioni della periferia urbana.

## 1. I termini del rapporto e la genesi normativa. Il contributo del diritto urbanistico.

La periferia urbana può definirsi, come è stato detto<sup>1</sup>, solo attraverso un percorso di negazioni (*non* è il centro, *non* è la campagna, ecc.), che approda a una realtà i cui confini – spaziali e temporali – sono mobili e sempre speculari a quelli del centro, il quale rimane baricentro dell’osservazione e *locus* più rappresentativo della città<sup>2</sup>. Avvinta a questo termine di paragone, la periferia vive di luce riflessa, dipendente e piegata ai bisogni della città e del suo centro. Per questa via, rinuncia inesorabilmente a un suo senso di identità – e prima ancora di esistenza – e, con esso, al senso di affezione e appartenenza dei suoi abitanti, restando connotata da un *quid* di relatività e di incompiutezza: l’immagine dominante è di una realtà mai terminata o perennemente in trasformazione. Una storia travagliata, dunque, quella delle periferie, le quali, soggiogate da una sorta di condizionamento primigenio, «si sono probabilmente trasformate in una “categoria morale”: è periferia quello che non è città e forse non lo sarà mai»<sup>3</sup>. Il concetto di periferia, peraltro, sebbene si connoti per la sua alterità al “centro”, va declinato al plurale, perchè ricomprende aree diseguali per struttura urbanistica, destinazione, ceti sociali interessati<sup>4</sup>.

Il legislatore ha cercato di “imbrigliare” questa inevitabile fluidità e il primo approccio adoperato è stato quello del diritto urbanistico.

La legge urbanistica fondamentale (legge 17 agosto 1942, n. 1150) ha consacrato la macro-distinzione tra centro e periferia urbana: sebbene l’attenzione della legge fosse formalmente rivolta allo “sviluppo urbanistico in genere del territorio” (art. 1), opzione confermata dalla statuizione secondo cui lo strumento urbanistico principale, il piano regolatore generale, debba “considerare la totalità del territorio comunale” (art. 7, comma 1), dall’intero apparato normativo traspare l’intento di massimizzare l’interesse all’ “incremento edilizio dei centri abitati” (art. 1). Lo strumentario è modulato in relazione alla parte urbanizzata del territorio comunale e quando è riferito all’ambito non urbanizzato appare servente a finalità essenzialmente edilizie. Lo dimostrano plasticamente istituti quali il comparto edificatorio (art. 23), i piani di lottizzazione a scopo edilizio (art. 28), l’obbligo della licenza di costruzione limitato agli interventi edilizi nei centri abitati e, al più, nelle

<sup>1</sup> L. BELLICINI, *In periferia. Temi, percorsi e immagini*, in *Meridiana*, 1989, p. 94.

<sup>2</sup> *Ivi*, p. 95.

<sup>3</sup> M. CERASOLI, *Intorno alle periferie*, in AA.VV., *Sguardi Oltre. I ragazzi riprendono le periferie*, Milano, 2012, p. 17.

<sup>4</sup> M. MAGATTI (a cura di), *La città abbandonata. Dove sono e come cambiano le periferie italiane*, Bologna, 2007.

zone di espansione individuate dal piano regolatore (art. 31), il programma di fabbricazione riferito al centro abitato, che può includere, al più, le direttrici di espansione (art. 34).

La periferia come realtà urbanistica sarà meglio considerata dalla cd. legge-ponte (legge 6 agosto 1967, n. 765), che disarticolerà la categoria in più qualificazioni, con l'effetto di ribadire la demarcazione tra centro e periferia, ma anche di asservire la seconda alle esigenze della prima, in una sorta di ammissione che ciò che non è fattibile nel centro urbano può essere "scaricato" sulla periferia. Peraltro, la demarcazione tra centro e periferia propria della legge del 1942 sarà ribadita dalla previsione (art. 17) riferita ai comuni sprovvisti di p.r.g., in cui gli standard urbanistici (cd. ad operatività immediata) sono modulati rispetto all'alternativa esclusiva tra centro abitato e zona esterna al perimetro del centro abitato.

L'effetto della zonizzazione, tecnica introdotta nel '42 e rafforzata con la legge-ponte, sarà il riconoscimento *della*, anzi *delle* periferie, cui corrisponde, peraltro, un disegno urbanistico segnato da una precisa linea direttrice: quella della separazione-specializzazione delle periferie, per cui ogni realtà territoriale, in base alla zonizzazione impressa dal piano, riflette e si auto-vincola a una monofunzionalità, che implica diversità rispetto alle altre zone e omologia rispetto a quelle uguali. Per questa via, le periferie non saranno modulate in base alle specificità e peculiarità territoriali, ma, pur nella loro diversificazione, si appiattiranno a modelli omologhi. Si afferma un fenomeno efficacemente descritto nel senso che «il villino bi-famigliare, con cancellata, verde e giardino, è indistinguibile tra Catania e Mestre, tra Bari e Genova; così il falansterio pubblico degli anni '80, l'edilizia speculativa degli anni '50 e '60, l'edilizia prefabbricata del capannone industriale, il nuovo centro direzionale, la nuova città della scienza, ecc. I singoli oggetti edilizi possono indifferentemente stare in ognuna delle periferie delle diverse città italiane»<sup>5</sup>.

In questo processo di diversificazione-omologazione delle periferie, la parte agricola del territorio è quella che conosce la storia più tormentata, perché a fronte di un regime formalmente definito si verificano applicazioni diversificate, non univoche, spesso distorte, che disvelano limiti, ma anche potenzialità dell'oggetto.

La questione dei rapporti tra città e campagna, affrontata dal punto di vista del diritto urbanistico, risale alla seconda metà del secolo scorso. Se la legge urbanistica fondamentale del 1942 trascurava questo ambito, protesa soprattutto a definire, come visto, un apparato organico di regole costruttive per i centri abitati, sarà la cd. legge-ponte a considerare le aree agricole su un duplice piano: subordinandole all'obbligo di licenza edilizia per le trasformazioni edilizie (art. 10), prima confinato alla parte urbanizzata dei comuni, e qualificandole dal punto di vista della zonizzazione (art.

<sup>5</sup> L. BELLICINI, *In periferia*, cit., 102. L'Autore osserva che anche come «la periferia nasce contemporaneamente all'urbanistica come disciplina e ne costituisce da un lato ragione e risultato, dall'altro, il più delle volte, intimo fallimento» (p. 97).

17). Tra le zone territoriali omogenee formalmente definite, vi è quella agricola (zona E) e questa identificazione risente dell'importanza che il settore agricolo rivestiva in quell'epoca nel sistema economico nazionale, ma riflette anche il tentativo di rivitalizzare il comparto in un momento di ascesa dei settori secondario e terziario. D'altra parte, restava ancora aperta la questione dell'attuazione del disegno costituzionale in tema di tutela della proprietà agricola e di razionale sfruttamento del suolo (art. 44 Cost.), su cui il diritto urbanistico avrebbe potuto fornire un utile contributo. In realtà, la disciplina urbanistica delle aree agricole apprestata dalla legge n. 765/1967 lascia in penombra la questione costituzionale<sup>6</sup>, perché è impostata secondo la classica configurazione che vede nell'urbanistica la regolazione delle trasformazioni, anzitutto edilizie, del territorio, con l'effetto che l'agricoltura rileva per le sue implicazioni sul piano dell'edificabilità più che come attività economica in sé da assecondare o valorizzare.

In sostanza, la legge ponte confermava l'impostazione originaria di natura edilizia del piano regolatore comunale<sup>7</sup>, rafforzata dalla definizione delle altre zone urbanistiche (centro storico, completamento e espansione edilizia, zona industriale, ecc.) e l'idea sottesa alla zona E era che, tra le diverse destinazioni tipizzate, quella agricola si prestasse al meglio per imporre limitazioni all'edificabilità, garantendo, per questa via, un ragionevole equilibrio tra aree edificate e aree libere. Marginale – ed eventuale – restava l'obiettivo di riconoscere e valorizzare la vocazione agricola dei luoghi attraverso la perimetrazione di apposite parti del territorio comunale da destinare, appunto, alle pratiche agricole, obiettivo, peraltro, ulteriormente sacrificato dalla mancata o tardiva approvazione del piano regolatore da parte dei comuni che preferivano ad esso lo strumento più snello del programma di fabbricazione, il quale, come detto, si riferiva soltanto alla parte urbanizzata e, al più, alla sua espansione<sup>8</sup>.

La legge-ponte ha definito anche il limite di densità fondiaria possibile all'esterno del perimetro urbano, pari a 0.1 mc/mq, indice alquanto basso, ulteriormente ridotto dalla legge 28 gennaio 1977, n. 10 (cd. legge Bucalossi) al limite di 0,03 mc/mq. Quest'ultima legge, inoltre, ha introdotto una norma di favore per gli interventi da realizzare nelle zone agricole, compresi quelli residenziali, consistente nell'esonero del contributo di costruzione, beneficio, peraltro, circoscritto agli interventi progettati "in funzione della conduzione del fondo e delle esigenze dell'imprenditore agricolo a titolo principale" (art. 9). Questo impianto normativo è stato integralmente confermato dall'attuale testo unico dell'edilizia, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (art. 9, comma 1, lett. a; art. 17, comma 3, lett. a).

<sup>6</sup> G. MORBIDELLI, *La legislazione urbanistica regionale per le zone agricole*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, p. 55.

<sup>7</sup> P. URBANI, *Le aree agricole tra disciplina urbanistica e regolamentazione dell'attività economica*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 30.

<sup>8</sup> ID., *La disciplina urbanistica delle aree agricole*, in L. COSTATO – A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, II, Torino, 2011, p. 599.

Dall'impostazione originaria sono derivati, nella prassi, ulteriori sviluppi: la zona agricola, in quanto non necessariamente rappresentativa della vocazione agricola dell'area, vale non soltanto come area-limite all'espansione edilizia, ma anche quale area di risulta<sup>9</sup>, ossia area da preservare provvisoriamente nella prospettiva di una futura utilizzabilità in chiave residenziale o industriale<sup>10</sup> ovvero da utilizzare per interventi localizzabili solo in aperta campagna<sup>11</sup>.

Si stempera, nella realtà, quella separazione tra zone, intrinseca alla tecnica dello *zoning*, e specialmente tra la zona C e la zona E si verifica un avvicinamento, quasi osmotico nelle finalità: la prospettiva dell'urbanizzazione travalica i suoi confini naturali, quelli della zona C, e attecchisce soprattutto nella zona agricola, di cui disvela l'incertezza concettuale.

Nella logica del p.r.g. l'interesse agricolo finisce per porsi come interesse "debole"<sup>12</sup>, destinato a una tutela indiretta, condizionata primariamente dalle prospettive edificatorie dell'area interessata o da esigenze contingenti. Eppure questo nucleo di disciplina autonoma delle zone agricole si è prestato, da un lato, ad un'interpretazione estensiva ad opera della giurisprudenza e, dall'altro, ad un'evoluzione legislativa, per mano soprattutto del legislatore regionale.

## 2. La lettura della giurisprudenza.

Il tema delle zone agricole è stato affrontato dalla giurisprudenza sin dagli anni '50, quando si è posta la questione se il p.r.g. potesse imporre per queste zone l'obbligo di licenza edilizia che la legge n. 1150/1942 limitava, come detto, alla parte urbanizzata del territorio comunale. I giudici amministrativi hanno legittimato questa opzione, sulla base della considerazione formale che la legge urbanistica non vieta alle amministrazioni di stabilire prescrizioni anche per la parte extra-urbana e proponendo una sostanziale valorizzazione dello strumento pianificatorio di cui è riconosciuta la capacità di disciplina complessiva del territorio e, attraverso la destinazione a "verde agricolo", l'obiettivo di evitare un "disordinato accrescersi dell'abitato", per finalità essenzialmente di carattere "igienico e sociale"<sup>13</sup>.

L'idea sottesa è che la parte urbana e quella extra-urbana del territorio comunale non siano elementi isolati e sganciati tra di loro, bensì interconnessi e che proprio il "verde agricolo" rappresenti il tessuto connettivo dell'intero territorio<sup>14</sup>, con l'effetto

<sup>9</sup> Ivi, p. 600.

<sup>10</sup> G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010, p. 67.

<sup>11</sup> P. URBANI, *La disciplina urbanistica delle aree agricole*, cit., p. 601.

<sup>12</sup> ID., *Governo del territorio e agricoltura. I rapporti*, in *Riv. giur. edil.*, 2006, p. 122.

<sup>13</sup> Cons. Stato, sez. IV, 27 febbraio 1959, n. 269, in *Riv. giur. edil.*, 1959, p. 269; Cons. Stato, 19 ottobre 1960, n. 855, in *Cons. St.*, 1960, p. 1722.

<sup>14</sup> P. URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2010, p. 259.

che la disciplina del piano deve modellarsi sulla base delle caratteristiche proprie delle aree, ma anche delle relazioni reciproche tra di esse.

Questa impostazione ha condizionato la giurisprudenza successiva, anche dopo l'entrata in vigore della legge-ponte. La zona agricola continuerà a essere considerata per la sua funzione di limite all'espansione edilizia, di fattore capace di assicurare un equo equilibrio tra le aree edificabili e quelle non edificabili. Una zona qualificata, dunque, per ragioni prettamente urbanistiche e non per altri interessi (come quello agricolo).

Da qui la lettura della giurisprudenza secondo cui la destinazione agricola impressa a una determinata area non è ricognitiva di un'utilizzazione o anche solo di una vocazione a fini agricoli dell'area stessa né si risolve, di per sé, in un vincolo all'esercizio dell'attività agricola. Peraltro, dalla connotazione in senso urbanistico della zona agricola deriva un ulteriore corollario: la destinazione agricola ha lo scopo di evitare insediamenti di tipo residenziale, perché ad essi sono preordinate altre zone urbanistiche, mentre non preclude la possibilità di installare opere diverse, specie quelle incompatibili con la parte abitata del territorio comunale. In altre parole, se la zona agricola è alternativa a quella abitata, essa è funzionale non soltanto a garantire un'equa proporzione tra aree libere e aree urbanizzate, ma anche per accogliere opere che non sono localizzabili nella parte abitata del comune. Per questo, sono stati ritenuti compatibili con la destinazione a zona agricola, ad esempio, impianti idroelettrici<sup>15</sup> o di derivazione di acque pubbliche<sup>16</sup>, attività di cava<sup>17</sup>, depositi di esplosivi<sup>18</sup>, discariche di rifiuti<sup>19</sup>, impianti di produzione di energie rinnovabili<sup>20</sup>.

Più recentemente, i giudici sono stati chiamati a valutare la legittimità della scelta, sempre più frequente, delle amministrazioni comunali di qualificare come zone agricole aree non adibite a usi agricoli, bensì serventi alla specifica esigenza di preservare il territorio per finalità ambientali.

La giurisprudenza, seguendo una linea interpretativa mai interrotta, afferma come legittima questa opzione di tipo conservativo, in quanto espressione del potere pianificatorio tipicamente discrezionale e rappresentativa dell' "interesse alla tutela dei valori naturalistici e paesaggistici del territorio", interesse che è riconosciuto come naturale corollario della "funzione decongestionante o di contenimento

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 1989, n. 642, in *Foro amm.*, 1989, p. 2710.

<sup>16</sup> Trib. sup. acque pubbl., 18 febbraio 1991, n. 7, in *Cons. St.*, 1991, p. 420.

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 1993 n. 180, in *Foro amm.*, 1993, p. 482.

<sup>18</sup> Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 1993 n. 968, in *Foro amm.*, 1993, p. 1846.

<sup>19</sup> Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 1996 n. 85, in *Foro it.*, 1996, p. 440. Più recentemente, ad esempio, Tar Liguria, Genova, sez. I, 14 dicembre 2016, n. 1237, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 13 maggio 2014, n. 494, in *Riv. giur. edil.*, 2014, p. 831.

<sup>20</sup> Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4755, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

dell'espansione edilizia" propria della zona agricola<sup>21</sup>. Dunque, possono essere qualificati come zona E anche terreni non aventi propriamente attitudine all'utilizzazione agricola, come sono quelli di alta montagna ovvero quelli boscati<sup>22</sup>.

Per questa via, è confermato il carattere "flessibile" della categoria urbanistica della zona agricola, la sua adattabilità a multiformi esigenze, compresa quella, più recente, di tutela dell'ambiente.

La giurisprudenza ha chiarito, inoltre, la portata dei limiti di edificabilità in zona agricola, ribadendo che, ai fini dell'assentibilità di intervento in zona agricola, elemento oggettivo indispensabile è la compatibilità dello stesso con gli strumenti urbanistici, oltrechè la titolarità della proprietà o l'esistenza di altro idoneo titolo di disponibilità da parte del proponente<sup>23</sup>. L'elemento di natura soggettiva, consistente nella *qualitas* di imprenditore agricolo a titolo principale<sup>24</sup>, aggiuntivo a quello, oggettivo, della conformità dell'opera allo strumento urbanistico, costituisce un profilo particolarmente controverso, a causa di un dato normativo non univoco, che ha portato parte della giurisprudenza a considerarlo rilevante solo ai fini dell'applicazione del beneficio economico della gratuità del permesso di costruire<sup>25</sup>,

<sup>21</sup> Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 5195, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2008, n. 6600, in *Foro amm. CdS*, 2008, p. 3354; Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2008, n. 5478, in *Riv. giur. edil.*, 2009, p. 162; Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2007, n. 4149, in *Riv. giur. edil.*, 2008, p. 360; Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4828, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 95; Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 259, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 106; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 aprile 2015, n. 903 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 23 ottobre 2014, n. 5466, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Valle d'Aosta, sez. I, 2 novembre 2011, n. 73, in *Foro amm.*, 2011, p. 3395; Tar Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 6 aprile 2011, n. 105, in *Foro amm. Tar*, 2011, p. 1186; Tar Veneto, Venezia, sez. I, 31 marzo 2010, n. 1118, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 3 novembre 2009, n. 6825, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 3239; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 giugno 2009, n. 1318, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 253. In questo senso, anche la giurisprudenza penale: ad esempio, Cass. pen., sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078, in *Dir. giur. agr.*, 2010, 65. Sulle ragioni teoriche a supporto della prassi amministrativa di tutela 'urbanistica' dell'ambiente e dell'avallo giurisprudenziale si rinvia a di P.L. PORTALURI, *L'ambiente e i piani urbanistici*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, pp. 247 ss.

<sup>22</sup> Sottolineano il punto F. SALVIA – C. BEVILACQUA, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2017, p. 86; in giurisprudenza, ad esempio, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 13 maggio 2019, n.1065, in *Riv. giur. edil.*, 2019, p. 1093.

<sup>23</sup> Tar Sicilia, Catania, sez. I, 14 marzo 2013, n. 771, in *Riv. giur. edil.*, 2013, p. 503; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 novembre 2010, n. 33106, in *Riv. giur. edil.*, 2011, p. 241; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 4 gennaio 2008, n. 3, in *Dir. giur. agr.*, 2009, p. 573.

<sup>24</sup> La giurisprudenza ha, peraltro, chiarito che può trattarsi di imprenditore agricolo sia persona fisica sia persona giuridica (Cons. Stato, sez. IV, 13 dicembre 2013, n. 6005, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 3416; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 5 agosto 2011, n. 1554, in *Foro amm. Tar*, 2011, p. 2578; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 7 novembre 2008, n. 3180, in *Foro amm. Tar*, 2008, p. 3133), nonché di coltivatore diretto (Tar Molise, Campobasso, 9 luglio 1990, n. 190, in *Foro amm.*, 1991, p. 504).

<sup>25</sup> Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 1995, n. 1632, in *Foro amm. Tar*, 1995, p. 2628; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 18 settembre 2013, n. 1939, in *Foro amm. Tar*, 2013, p. 2875; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 1 marzo 2010, n. 1302, in *Riv. giur. edil.*, 2010, p. 1227; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 3 giugno 2009, n. 942, in *Riv. giur. edil.*, 2009, p. 1879; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 22 aprile 2004, n. 2567, in *Foro amm. Tar*, 2004, p. 1170.

con l'effetto che è stato ritenuto illegittimo il diniego di titolo edilizio in zona agricola motivato sulla circostanza che il richiedente non sia imprenditore agricolo<sup>26</sup>.

### **3. Il ruolo del legislatore regionale e i difficili rapporti con quello statale.**

La legge-ponte ha avuto il merito di sollevare la questione delle aree agricole e l'esperienza mostra che, pur prevalendo l'impostazione della tutela di tipo indiretto dell'interesse agricolo, alla connotazione iniziale della zona agricola come area di risulta si affianca l'accezione di area a valenza conservativa e decongestionante dell'espansione edilizia. Questo orientamento di impronta giurisprudenziale trova riscontro soprattutto nella legislazione regionale, in particolare nelle leggi di ultima generazione in materia di governo del territorio. In esse è diffusa la consapevolezza che le aree agricole costituiscano una componente essenziale e infungibile del territorio e che, in quanto tali, esprimono un "interesse pubblico differenziato"<sup>27</sup> rilevante e condizionante per la disciplina urbanistica.

Questa opzione si traduce in diverse soluzioni<sup>28</sup>. Anzitutto, è recuperato e valorizzato il collegamento dell'area con gli usi prettamente agricoli e questa relazione è proiettata negli obiettivi e contenuti degli strumenti di pianificazione urbanistico-territoriale: così, ad esempio, la l.r. Lombardia (11 marzo 2005, n. 12, "Legge per il governo del territorio") include tra gli obiettivi della pianificazione comunale «elevati livelli di tutela e valorizzazione delle aree agricole» (art. 7), affermazione da cui discende una rigorosa disciplina delle attività consentite nelle aree agricole. Nelle aree destinate all'agricoltura sono ammesse esclusivamente le opere funzionali alla conduzione del fondo, ivi comprese quelle a finalità residenziale, in ogni caso sono esclusivamente realizzabili dall'imprenditore agricolo (art. 59). Gli interventi edificatori relativi alla realizzazione di nuovi fabbricati sono condizionati alla dimostrazione dell'impossibilità che le medesime esigenze abitative possano essere soddisfatte attraverso interventi sul patrimonio edilizio esistente (art. 59) e, dal punto di vista edilizio, necessitano del permesso di costruire, che comporta un vincolo di mantenimento della destinazione dell'immobile al servizio dell'attività agricola (art. 60).

In altri casi la funzionalizzazione dell'attività edilizia alla conduzione agricola dei terreni è sancita in termini prevalenti e non esclusivi, nel senso che è previsto un

<sup>26</sup> Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 13 aprile 2012, n. 770, in *Foro amm. Tar*, 2012, p. 1426; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 novembre 2010, n. 33106, cit.

<sup>27</sup> P. URBANI, *Governo del territorio e agricoltura*, cit., p. 120.

<sup>28</sup> Per un *excursus* delle diverse opzioni regionali si rinvia a E. PICOZZA, *La tutela del paesaggio nelle zone agricole tradizionali*, in G. CUGURRA – E. FERRARI – G. PAGLIARI (a cura di), *Urbanistica e paesaggio. Atti dell'8° Convegno nazionale AIDU*, Parma, 18-19 novembre 2005, pp. 89 ss.

regime diversificato a seconda della posizione dei soggetti richiedenti. È il caso della regione Toscana, la cui rinnovata legge sul governo del territorio (l.r. 10 novembre 2014, n. 65, “*Norme per il governo del territorio*”, come modificata dalla l.r. 20 aprile 2015, n. 49) riconosce il mantenimento dell’attività agricola come elemento della «qualità del territorio rurale» e la limitazione della «frammentazione ad opera di interventi non agricoli» vale come una delle linee direttrici per la tutela dell’ambiente e del paesaggio rurale, nonché per il contenimento del consumo di suolo (art. 68). La legge differenzia i regimi di intervento in zona agricola (art. 70 ss.) a seconda che il proponente sia un imprenditore agricolo ovvero altro soggetto, prevedendo maggiori margini di intervento nel primo caso, con l’ulteriore specificazione che alcuni interventi (quelli più pesanti, come le ristrutturazioni urbanistiche, gli ampliamenti volumetrici, le nuove edificazioni connesse alla conduzione del fondo) necessitano di un apposito programma aziendale sottoposto ad approvazione comunale; mentre, nella seconda ipotesi sono possibili soltanto trasformazioni delle aree pertinenziali degli edifici con destinazione d’uso non agricola nonché limitati interventi sui medesimi immobili ovvero la realizzazione di manufatti utili per l’attività agricola amatoriale e per il ricovero di animali domestici. È ribadita la centralità della pianificazione urbanistica comunale, alla quale è rimessa ogni valutazione sull’ammissibilità o meno di determinati interventi, come la costruzione di nuovi edifici ad uso abitativo ad opera dell’imprenditore agricolo mediante il programma aziendale ovvero gli interventi sul patrimonio edilizio esistente in assenza del programma.

Medesima opzione è seguita da altre regioni. Così la regione Veneto, la cui legge urbanistica (l.r. 23 aprile 2004, n. 11, “*Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio*”) ammette in zona agricola interventi edilizi funzionali all’attività agricola e ad opera di imprenditore agricolo (art. 44). Gli interventi possono riguardare sia scopi residenziali che agricolo-produttivi e la loro realizzabilità è subordinata all’approvazione di un apposito piano aziendale e alla conformità alle previsioni del piano urbanistico comunale relative alle aree agricole. La norma prevede, peraltro, interventi di recupero di fabbricati esistenti in zona agricola, con ammissibilità di ampliamento per finalità abitativa (comma 5), disposizione che la giurisprudenza<sup>29</sup> ha interpretato restrittivamente, nel senso di escludere l’edificabilità nei confronti di soggetti diversi dall’imprenditore agricolo, sebbene proprietari del fondo, cui è seguita un’apposita legge regionale che ha disposto con interpretazione autentica l’eliminazione del requisito soggettivo e dell’onere di presentazione del piano aziendale per gli interventi previsti dal comma 5.

Un ampliamento a favore dei soggetti diversi dall’imprenditore agricolo, sino a equiparazione delle categorie, ha trovato il varco nell’ambito della legislazione

<sup>29</sup> Tar Veneto, Venezia, sez. II, 10 settembre 2007, n. 2988, in *Foro amm. Tar*, 2007, p. 2739.

regionale, in particolare in quella, dichiaratamente straordinaria e transitoria in realtà sempre più organica e strutturale, volta al rilancio dell'attività edilizia, sulla scia dell'iniziativa statale delle norme sul cd. piano casa (decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133). Nell'ambito di questa disciplina molte regioni hanno esteso l'applicabilità del regime di *favor* per gli interventi edilizi all'ambito delle zone agricole, intervenendo anche sul piano dei requisiti soggettivi. È il caso della regione Campania (l.r. 28 dicembre 2009, n. 19, "*Misure urgenti per il rilancio economico, per la riqualificazione del patrimonio esistente, per la prevenzione del rischio sismico e per la semplificazione amministrativa*", modificata dalla l.r. 5 aprile 2016, n. 6), che prevede l'assentibilità della modifica della destinazione d'uso nonché di interventi di ampliamento o di demolizione e ricostruzione di fabbricati siti in zone agricole a prescindere dall'utilizzazione agricola del fondo, come pure dalla qualificazione soggettiva del richiedente, con l'avvertenza che per gli interventi ampliativi e ricostruttivi occorre riservare non meno del venti per cento della volumetria ad uso agricolo. Un profilo in cui si registra una differenziazione di regimi edilizi tra imprenditore agricolo e soggetti diversi riguarda la conformità dell'intervento allo strumento urbanistico comunale: si tratta di presupposto necessario e inderogabile, salva l'ipotesi riservata all'imprenditore agricolo di realizzare nuove costruzioni ad uso produttivo nella misura massima di 0,03 mc/mq di superficie aziendale in deroga al piano comunale<sup>30</sup>.

Altra opzione riguarda la diversificazione delle aree agricole, in base alle caratteristiche pedologiche, climatiche, agronomiche, alla presenza di colture pregiate o specializzate e di infrastrutture agricole, cui corrisponde una modulazione dei regimi e, generalmente, l'emersione di aree agricole di elevato pregio sottoposte a un regime di tutela 'rinforzata': così la l.p. Trento 4 agosto 2015, n. 15, "*Legge provinciale per il governo del territorio*" che enuclea dalle aree agricole quelle "di pregio", per le quali gli interventi modificativi sono ridotti rispetto a quelli possibili nelle altre zone agricole ed essenzialmente connessi alla produzione agricola, estrapolando, peraltro, dalle aree di pregio quelle caratterizzate dalla "presenza di singolari produzioni tipiche" o "speciale rilievo paesaggistico", per le quali non è assolutamente ammessa la destinazione a nuovi insediamenti, mediante il meccanismo della riduzione e compensazione possibile per le altre aree agricole (art. 65). Rilevano inoltre la l.r. Umbria 21 gennaio 2015, n. 1, "*Testo unico governo del territorio e materie correlate*", che evidenzia tra le aree agricole quelle di "particolare interesse agricolo", nelle quali sono possibili solo attività agricole, zootecniche e di cava (art. 21) e la già citata legge toscana n. 65/2014, che tipizza le manifestazioni del territorio rurale (aree rurali, nuclei rurali, aree ad elevato grado di naturalità, ecc.) e

<sup>30</sup> È evidente il *favor* per l'imprenditore agricolo, come peraltro è esplicitato nella finalità enunciata di «adeguare, incentivare e valorizzare l'attività delle aziende agricole» (art. 6-bis, comma 5).

ammette l'individuazione di peculiari aree, quali le "aree ad elevato valore paesaggistico" e i "paesaggi agrari e pastorali di interesse storico coinvolti da processi di forestazione, naturale o artificiale, oggetto di recupero a fini agricoli" (art. 64), rinviando agli strumenti della pianificazione territoriale e urbanistica la definizione del regime del patrimonio edilizio e delle infrastrutture esistenti, nonché delle attività e servizi presenti, compresi quelli a carattere non agricolo, in corrispondenza ai diversi obiettivi di qualità del territorio definiti dalla legge.

Generalmente, le leggi urbanistiche riconoscono nel piano comunale la "fonte" della tutela, indiretta e diretta, delle zone agricole. Non mancano ipotesi in cui questa finalità è rinviata a livelli sovraordinati di pianificazione, territoriale o anche settoriale.

Nel primo caso è interessato soprattutto il piano territoriale di coordinamento provinciale: così, ad esempio, il modello trentino, in cui il piano provinciale è preposto all'individuazione e perimetrazione delle aree agricole e di quelle di pregio (l.p. Trento, n. 15/2015, art. 23, comma 2, lett. f) e quello toscano, in cui il piano provinciale deve definire il patrimonio territoriale provinciale, con particolare riferimento al territorio rurale (l.r. Toscana, n. 65/2014, art. 90, comma 5, lett. a). Similmente, il modello della regione Lombardia, che rimette al piano provinciale la definizione degli "ambiti destinati all'attività agricola di interesse strategico" e le relative norme di tutela, uso e valorizzazione (l.r. Lombardia, n. 12/2005, art. 15, comma 4).

Questa soluzione fa leva sul rapporto gerarchico tra piani, tipico del sistema urbanistico italiano, e determina il riconoscimento di una sostanziale primarietà dell'interesse agricolo e prevalenza di esso sulla disciplina urbanistica comunale. Medesimo risultato è raggiunto con la massimizzazione dell'interesse agricolo nell'ambito di piani settoriali, che, in virtù del criterio della specialità, prevalgono sui piani urbanistico-territoriali, come avviene per il piano paesaggistico<sup>31</sup>.

La progressiva valorizzazione dell'interesse agricolo nel disegno urbanistico ha certamente ridimensionato la classica configurazione delle zone agricole quali aree residuali, utili per molteplici finalità e, tuttavia, questa concezione permane e riaffiora ogniqualvolta emergano peculiari e nuove esigenze localizzative. Significativa è l'esperienza della diffusione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, fenomeno che ha conosciuto, a partire dagli anni '90, un notevole sviluppo e che ha trovato nelle zone agricole l'ambito privilegiato di localizzazione. In assenza di un quadro normativo organico, alcune regioni si sono attivate per apprestare una prima regolamentazione. Così ha fatto, ad esempio, la regione Puglia che con legge 21 ottobre 2008, n. 31, "*Norme in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili e per la riduzione di immissioni inquinanti e in materia ambientale*", ha vietato

<sup>31</sup> Su cui si rinvia al paragrafo successivo.

la realizzazione di impianti fotovoltaici in alcune aree, tra le quali le “zone agricole di particolare pregio”, così qualificate dagli strumenti urbanistici, dal piano paesaggistico o dalla legge per la presenza di uliveti monumentali. La norma, tuttavia, è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale<sup>32</sup>, per violazione dell’art. 117 Cost. perché si tratta di materia rientrante nella potestà legislativa concorrente e, all’epoca della legislazione regionale, mancavano le linee guida nazionali per la localizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili. L’attuale normativa statale, d.m. 10 settembre 2010, n. 47987, ammette la localizzazione degli impianti nelle zone classificate come agricole dai piani urbanistici, non essendo neanche necessaria la variante dello strumento urbanistico (art. 15, comma 3), al contempo rimette alle regioni la possibilità di qualificare come siti non idonei per la realizzazione di impianti le aree agricole interessate da produzioni agricolo-alimentari di qualità e/o di particolare pregio rispetto al contesto paesaggistico-culturale (art. 17, comma 1).

Esemplare, inoltre, è il caso degli insediamenti commerciali e produttivi, che spesso trovano localizzazione in zona agricola, pur essendo ad essi dedicata altra zona urbanistica (zona D). La normativa di riferimento (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114; d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447) appare estremamente permissiva, in quanto ammette progetti in contrasto con lo strumento urbanistico, la cui approvazione vale automaticamente come variante di esso e l’unica condizione richiesta per l’approvazione è la dimostrazione che “lo strumento urbanistico non individui aree destinate all’insediamento di impianti produttivi ovvero queste siano insufficienti in relazione al progetto presentato” (art. 5, comma 1, d.P.R. n. 447/1998)<sup>33</sup>.

#### **4. Settori contigui: il diritto del paesaggio.**

Il tema della conformazione del territorio per effetto delle attività agricole assume rilevanza nella prospettiva del diritto del paesaggio, specie se si considera l’attuale definizione giuridica dell’oggetto, frutto della Convenzione europea del paesaggio (Firenze, 20 ottobre 2000) e oggi sancita dal codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. Se per paesaggio si intende “il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni” (art. 131, comma 1, d.lgs. n. 42/2004), il paesaggio agrario costituisce una delle manifestazioni più eloquenti. Esso è la risultante e la rappresentazione del

<sup>32</sup> Corte cost., 22 marzo 2010, n. 119, in *Giur. cost.*, 2010, 1324, e 11 giugno 2014, n. 166, in *Riv. giur. edil.*, 2014, p. 927.

<sup>33</sup> Evidenza che la norma è indice del «carattere intrinsecamente debole del potere urbanistico – specie quando viene in rapporto con interessi forti (quali appunto quelli legati alle grandi reti commerciali) –», F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2012, p. 82.

mescolarsi e dell'evolversi di diversi fattori (la realtà tecnologica, economica, sociale, ma anche le condizioni naturali, climatiche, pedologiche di un certo luogo in una certa epoca) ed è indubbio che la conformazione di un territorio derivante dall'uso di determinate tecniche di coltivazione e produzione agricola e dalla realizzazione di strutture funzionali all'esercizio dell'agricoltura (cd. architettura rurale), siano oramai percepiti e riconosciuti come aspetti tipici e identitari di un territorio ed elementi portanti del paesaggio. Il paesaggio agrario mostra con tutta evidenza l'evoluzione, concettuale prima che normativa, della materia, passata da una concezione meramente estetica, propria delle prime leggi (legge 11 giugno 1922, n. 778, cd. legge Croce; legge 29 giugno 1939, n. 1497, cd. legge Bottai), che ravvisava l'interesse paesaggistico nelle cosiddette bellezze naturali, zone di grande pregio e rarità sul piano estetico e culturale (quali le singolarità geologiche, le ville, i giardini e i parchi di non comune bellezza, le bellezze panoramiche) ad una concezione di tipo storicistico-antropologico.

Espressione della nuova impostazione è la disciplina introdotta dal codice dei beni culturali e del paesaggio, che in relazione al paesaggio agrario offre specifici riferimenti, oltre alla definizione che, come visto, ben si attaglia all'oggetto in esame. Si consideri l'esplicito richiamo alla "salvaguardia dei paesaggi rurali" quale elemento di giudizio che il piano paesaggistico deve considerare nell'individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio (art.135, comma 4, lett. d), nonché il riferimento alla "realizzazione di nuovi valori paesaggistici" in coerenza con la definizione 'dinamica' di paesaggio (art. 131, comma 5); inoltre, la categoria delle "aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici", quali specifici territori sottoposti a vincolo paesaggistico *ex lege* (art. 142, comma 1, lett. h) e la nuova categoria di beni paesaggistici, denominata "ulteriori contesti territoriali", che le regioni possono identificare in sede di pianificazione paesaggistica (art. 143, comma 1, lett. e)<sup>34</sup>.

Vi è, finalmente, il riconoscimento che la caratterizzazione del paesaggio possa derivare anche dagli usi agricoli e che gli strumenti giuridici di tutela del paesaggio (vincolo e piano) siano anche funzionali all'obiettivo della salvaguardia e continuità delle attività agricole, nonché della promozione di pratiche agricole consolidate e

---

<sup>34</sup> Le aree agricole possono rilevare anche rispetto alle categorie tipizzate di beni paesaggistici, in quanto può verificarsi il caso di zone agricole riconducibili alle ipotesi di cui all'art. 136, lett. b (le ville, i giardini e i parchi che si distinguono per la loro non comune bellezza) e lett. c (i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale). Inoltre, rilevano alcune tra le categorie di beni di cui all'art. 142, che risultano vincolati *ex lege*: i territori coperti da boschi e foreste, i parchi e le riserve nazionali e regionali, nonché i territori di protezione esterna dei parchi, i territori montani di alta quota; così E. PICOZZA, *La tutela del paesaggio nelle zone agricole tradizionali*, cit., pp. 87-88. Sottolineano il punto anche N. FERRUCCI, *La tutela del paesaggio e il paesaggio agrario*, in L. COSTATO – A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, cit., pp. 202 ss.; I. CANFORA, *Agricoltura, tutela del paesaggio e sviluppo delle energie alternative*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, pp. 306-307.

tipiche di certi territori, anche nella misura in cui esse contribuiscono alla “realizzazione di nuovi valori paesaggistici”.

Le implicazioni rispetto al diritto urbanistico sono molteplici. Gli strumenti urbanistico-territoriali sono obbligati a recepire i vincoli paesaggistici e ad adeguarsi alle previsioni del piano paesaggistico, strumenti che, come visto, possono riguardare aree a rilevanza agricola. Le aree sottoposte a vincolo paesaggistico rappresentano delle “invarianti” del territorio, che il piano comunale (nonché quelli di livello sovracomunale) deve includere e rispettare in forza dell’art. 1, n. 5, legge 19 novembre 1968, n. 1187, che esplicita quel rapporto di prevalenza della tutela del paesaggio sul governo del territorio ricavabile dal dettato costituzionale (in particolare, dall’art. 9 Cost.). Prevalenza che connota anche le relazioni tra il piano paesaggistico e i piani urbanistico-territoriali, costantemente affermata dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, e oggi sancita dal codice: le previsioni del piano paesaggistico sono cogenti per gli strumenti urbanistici e territoriali, sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi da questi eventualmente contenute (art. 143, comma 9; art. 145, comma 3) e stabiliscono misure di salvaguardia applicabili in attesa dell’adeguamento degli strumenti urbanistici (art. 145, comma 3), adeguamento che costituisce l’oggetto di un obbligo in capo agli enti locali da ottemperare entro un termine non superiore a due anni (art. 145, comma 4).

È anche vero che i nuovi piani paesaggistici, conformi al modello codicistico, faticano a essere approvati dalle regioni, perché il contenuto è particolarmente complesso e l’iter procedimentale articolato e, dunque, manca tuttora questo fondamentale strumento di disciplina del territorio. Alcune regioni hanno, peraltro, approvato il nuovo piano paesaggistico e, per prima, la regione Puglia<sup>35</sup> che dedica particolare attenzione al tema della campagna: tra gli “ulteriori contesti” sono individuati i “paesaggi rurali” (art. 38, comma 3, lett. t, NTA), che includono le aree caratterizzate dalla presenza di beni dell’architettura rurale (trulli, specchie, lamie, ecc.) o da elementi vegetazionali significativi (piante di rilevante importanza per età, dimensione, significato scientifico, testimonianza storica, ulivi monumentali, ecc.) o dalla “singolare integrazione fra le componenti antropiche, agricole, insediative e la struttura geomorfologica e naturalistica dei luoghi” (i cd. parchi multifunzionali).

Il piano pugliese si connota, inoltre, per la valenza progettuale, dimostrando di aver colto l’opportunità, introdotta dal codice, che progetti di gestione e sviluppo territoriale siano promossi dalla regione attraverso il piano paesaggistico (art. 143, comma 8, d.lgs. n. 42/2004). Fortemente orientato al tema in esame è il cd. Patto città-campagna (art. 31 NTA), che costituisce uno dei cinque progetti territoriali di

---

<sup>35</sup> Si tratta del piano paesaggistico territoriale regionale-PPTR, approvato con delibera di giunta reg. n. 176 del 16 febbraio 2015.

rilevanza strategica per il paesaggio regionale, i quali hanno valore di direttiva e, in quanto tali, esprimono obiettivi di miglioramento della fruibilità e della qualità paesaggistica. Il progetto, denominato efficacemente “patto” per evidenziare la stretta connessione tra politiche urbanistiche e politiche agricole, muove dalla constatazione delle criticità dei processi contemporanei di urbanizzazione, rappresentate, dal punto di vista delle città, dalle situazioni di degrado urbano e, dal punto di vista delle campagne, dalle intense e diffuse urbanizzazioni e dall’industrializzazione dell’agricoltura, e intende restituire qualità e proprietà di funzioni a entrambi i territori, urbano e rurale, valorizzandone, al contempo, le reciproche relazioni. Questo vuol dire promuovere interventi di forestazione urbana, specie nelle aree industriali ad elevato degrado ambientale, di riqualificazione delle aree metropolitane degradate come le periferie, di progettazione o recupero delle cinture verdi periurbane, attraverso la ricostituzione degli antichi “ristretti” che qualificavano di orti, frutteti e giardini i margini urbani delle città storiche o la costituzione di parchi agricoli multifunzionali, di sostegno degli insediamenti rurali caratterizzati da un forte legame della comunità residenziale con le attività agro-silvo-pastorali.

Come si vede, il territorio è considerato per la sua vocazione agricola, la quale costituisce elemento portante della qualificazione in termini di paesaggio e questa connotazione finisce per condizionare la regolamentazione urbanistica, in virtù del già citato rapporto di prevalenza della materia paesaggistica su quella del governo del territorio.

## **5. Multidimensionalità delle aree agricole e recenti tendenze di valorizzazione. Nuove rappresentazioni della periferia urbana.**

Emerge dall’ordinamento un rinnovato interesse al tema delle aree agricole, che tuttavia non si traduce in un disegno autonomo e unitario, bensì in una pluralità di linee direttrici, anche originali, non sempre coordinate.

Il tema, ad esempio, è stato incluso nel più ampio dibattito sul consumo del suolo. La questione muove dalla maturata consapevolezza che il suolo sia una risorsa non inesauribile e non rinnovabile<sup>36</sup> e la sua indifferibilità è avvertita anzitutto a livello

---

<sup>36</sup> In dottrina si veda, soprattutto, G.F. CARTEI – DE LUCIA (a cura di), *Contenere il consumo del suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli, 2014; E. BOSCOLO, *Il suolo quale matrice ambientale e bene comune: il diritto di fronte alla diversificazione della funzione pianificatoria*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, II, Napoli, 2013, pp. 1101 ss.; Id., *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in [www.pausania.it](http://www.pausania.it), 2014; P. URBANI, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in [www.astrid-online.it/rassegna](http://www.astrid-online.it/rassegna), 2016.

comunitario, come emerge da una pluralità di atti, sebbene tutti di *soft law*<sup>37</sup>, essendo fallito il tentativo di approvazione di una specifica direttiva, a conferma della complessità della materia per la compresenza di interessi divergenti.

Questo dato è confermato anche dall'ordinamento statale, che è ancora privo di una legge organica in materia, nonostante i diversi disegni di legge, di iniziativa parlamentare e governativa, presentati nelle ultime legislature. Tra questi, quello che ha conosciuto un *iter* più avanzato è il ddl n. C.2039 intitolato "Contenimento del consumo del suolo e riuso del suolo edificato" (che condensa una serie di progetti presentati sin dal 2013), approvato dalla Camera in data 12 maggio 2016. Significativa è la connessione che ispira l'intero provvedimento, tra il contenimento del consumo di suolo, che è riconosciuto come "bene comune e risorsa non rinnovabile", e la salvaguardia della destinazione agricola dei suoli, nonché la priorità del riuso del suolo già edificato e della rigenerazione urbana rispetto all'ulteriore consumo di suolo ineditato.

La vocazione agricola dei suoli costituisce interesse primario e diretto del disegno di legge e la sua tutela assume una triplice valenza: il mantenimento della superficie agricola garantisce la produzione agricola utile per soddisfare il fabbisogno alimentare nazionale, nonché la preservazione delle connotazioni paesaggistiche e ambientali del territorio e un freno ai processi di consumo del suolo. Peraltro, è data una nozione ampia di "terreno agricolo", in quanto sono considerati tali non solo quelli così qualificati dagli strumenti urbanistici, ma anche le aree di fatto utilizzate a scopo agricolo, indipendentemente dalla loro destinazione urbanistica, nonché le aree comunque libere da edificazioni e infrastrutture. È previsto il coordinamento delle misure previste per il contenimento del consumo di suolo con le politiche e gli strumenti di pianificazione paesaggistica e urbanistico-territoriale. Questi ultimi devono recepire i limiti quantitativi, fissati a livello statale, di consumo di suolo ammissibile<sup>38</sup>, limiti che, a loro volta, devono essere conformi alle previsioni dei piani paesaggistici<sup>39</sup>; inoltre, spetta agli strumenti pianificatori l'individuazione delle aree già interessate da processi di edificazione, ma inutilizzate o suscettibili di recupero, quale presupposto per le iniziative di rigenerazione urbana. Ulteriori misure sono il divieto di mutamento, per un periodo non inferiore a cinque anni, della destinazione d'uso agricolo delle aree che hanno usufruito di aiuti di Stato o finanziamenti

---

<sup>37</sup> Si vedano, ad esempio, Comunicazione della Commissione del 22 settembre 2006, *Strategia tematica per la protezione del suolo*, COM(2006) 231 def.; Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2011, *Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse*, COM(2011) 571 def.; Documento di lavoro dei servizi della Commissione del 15 maggio 2012, *Orientamenti in materia di buone pratiche per limitare, mitigare e compensare l'impermeabilizzazione del suolo*, SWD(2012) 101 final/2.

<sup>38</sup> La determinazione dei limiti quantitativi per la progressiva riduzione del consumo di suolo deve tendere, peraltro, al graduale azzeramento del consumo in coerenza con quanto stabilito dalla Commissione europea circa il traguardo da raggiungere (consumo zero) entro il 2050.

<sup>39</sup> È confermata la posizione di primarietà del piano paesaggistico, il suo essere "super-piano", preposto alla definizione delle regole fondamentali dell'assetto del territorio regionale.

europei e il connesso divieto di interventi di trasformazione urbanistica o edilizia non funzionali all'attività agricola, ad eccezione della realizzazione di opere pubbliche, nonché le misure di natura premiale (priorità nella concessione di finanziamenti, misure di semplificazione, incentivi fiscali, ecc.) a favore dei comuni virtuosi – nonché dei soggetti privati –, particolarmente orientati verso la rigenerazione urbana e il contenimento del consumo del suolo. Come detto, il percorso di riforma non si è tuttavia concluso nella precedente legislatura e il testo è stato riproposto nella legislatura attuale.

Il ritardo del Parlamento ha portato diverse regioni a farsi carico della questione. Sono state approvate leggi *ad hoc*<sup>40</sup> o disposizioni integrative delle leggi urbanistiche<sup>41</sup>, tutte connotate dallo stretto connubio tra valorizzazione delle aree agricole e contenimento del consumo di suolo. Le opzioni scelte dalle regioni spaziano dall'ammissibilità di espansione delle aree edificabili subordinata alla verifica dell'assenza di soluzioni alternative all'utilizzo di aree agricole nonché agli interventi di riuso del patrimonio esistente (Emilia-Romagna, Piemonte, Lombardia, Toscana, Trento e Bolzano) ovvero alla dimostrazione del completamento, per una quota significativa, delle previsioni urbanistiche di tipo edificatorio (Friuli-Venezia Giulia), alla predeterminazione delle quote di suolo consumabile (Umbria, Lombardia, Emilia-Romagna), all'aumento considerevole del contributo di costruzione (Abruzzo), alla rinuncia volontaria dei diritti edificatori (Veneto). Generalmente sono previste misure incentivanti, come la priorità nella concessione di finanziamenti, semplificazioni procedurali, agevolazioni fiscali, riduzione del contributo di costruzione per gli interventi di riqualificazione e rigenerazione urbana.

Altra prospettiva, recentemente considerata dal legislatore sia statale che regionale, riguarda il sostegno per la ripresa delle attività propriamente agricole e la misura individuata è l'affidamento dei terreni abbandonati o incolti con la previsione di vincolo di destinazione agricola. L'idea è di coniugare finalità di recupero

<sup>40</sup> L.r. Puglia, 30 aprile 2019, n. 18, “*Norme in materia di perequazione, compensazione urbanistica e contributo straordinario per la riduzione del consumo di suolo e disposizioni diverse*”; l.r. Abruzzo, 1 agosto 2017, n. 40, “*Disposizioni per il recupero del patrimonio edilizio esistente. Destinazioni d'uso e contenimento dell'uso del suolo, modifiche alla l.r. 96/2000 ed ulteriori disposizioni*”; l.r. Veneto, 6 giugno 2017, n. 14, “*Disposizioni per il contenimento del consumo di suolo e modifiche della legge regionale 23 aprile 2004, n. 11 “Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio*”; l.r. Friuli-Venezia Giulia, 25 settembre 2015, n. 21, “*Disposizioni in materia di varianti urbanistiche di livello comunale e contenimento del consumo di suolo*”; l.r. Lombardia, 28 novembre 2014, n. 31, “*Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato*”; l.r. Puglia 20 maggio 2014, n. 26, “*Disposizioni per favorire l'accesso dei giovani all'agricoltura e contrastare l'abbandono e il consumo dei suoli agricoli*”; l.r. Abruzzo, 28 aprile 2014, n. 62, “*Legge quadro in materia di valorizzazione delle aree agricole e di contenimento del consumo del suolo*” (sebbene dichiarata incostituzionale da Corte cost., 10 marzo 2015, n. 55, in *Giur. cost.*, 2015, 486).

<sup>41</sup> L.r. Emilia-Romagna, 21 dicembre 2017, n. 24; l.p. Trento, n. 15/2015; l.r. Sardegna, 23 aprile 2015, n. 8; l.r. Marche, 13 aprile 2015, n. 16; l.r. Liguria, 2 aprile 2015, n. 11; l.r. Veneto, 16 marzo 2015, n. 4; l.r. Piemonte, 11 marzo 2015, n. 3; l.r. Umbria, n. 1/2015; l.r. Toscana, n. 65/2014; l.p. Bolzano, 19 luglio 2013, n. 10; l.r. Calabria, 10 agosto 2012, n. 35.

dell'agricoltura, di cura del territorio e di promozione di iniziative imprenditoriali, con specifica attenzione all'imprenditoria giovanile. In questo senso si pone, ad esempio, l'art. 66 legge 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 "*Misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture*", che dispone la dismissione di terreni demaniali agricoli e a vocazione agricola di proprietà statale, con procedure di alienazione o locazione a cura dell'agenzia del demanio; la normativa prevede il diritto di prelazione ai giovani imprenditori agricoli e il divieto di mutamento di destinazione urbanistica da quella agricola per un periodo almeno ventennale<sup>42</sup>.

Analoga attenzione è rivolta dal legislatore regionale: così, ad esempio, la l.r. Puglia 20 maggio 2014, n. 26, "*Disposizioni per favorire l'accesso dei giovani all'agricoltura e contrastare l'abbandono e il consumo dei suoli agricoli*", dispone che la regione e i comuni debbano censire i terreni agricoli e a vocazione agricola di proprietà e predisporre procedure di evidenza pubblica per la cessione in locazione a favore di giovani agricoltori singoli o associati in forma cooperativa. Queste norme riguardano le terre di proprietà pubblica e non anche quelle private, che pure costituiscono una quota preponderante del patrimonio immobiliare agricolo. Per esse rileva quel filone normativo istitutivo delle cd. banche della terra<sup>43</sup>, che implicano un censimento dei beni agricoli (terreni abbandonati, incolti o silenti e fabbricati dismessi), di proprietà pubblica e privata dichiarati disponibili per operazioni di locazione o di concessione<sup>44</sup>: come detto, rientrano anche i beni privati, allorquando il proprietario faccia domanda di inserimento per la loro messa a disposizione; peraltro alcune leggi regionali (Abruzzo, Veneto) prevedono l'opzione dell'iscrizione d'ufficio nell'elenco dei beni privati riconducibili alle categorie dei terreni abbandonati o incolti, salva richiesta di cancellazione da parte dell'interessato. In questa direzione si pone anche la l.r. Friuli-Venezia Giulia 16 giugno 2010, n. 10 che attribuisce ai comuni il compito di assegnare i terreni incolti o abbandonati attraverso lo strumento della concessione in affitto, la quale si declina in due fattispecie: quella volontaria, quando è attuata su

<sup>42</sup> Per una prima applicazione v. il d.m. 20 maggio 2014 (cd. decreto Terrevive). Il sostegno all'imprenditoria giovanile nel settore agricolo è perseguito dal legislatore statale con un'altra opzione, quella di favorire forme di affiancamento nell'attività di impresa agricola dei giovani agricoltori a quelli anziani, allo scopo del graduale passaggio della gestione d'impresa ai giovani: in questo senso il legislatore ha conferito delega al Governo per l'adozione di un apposito decreto legislativo con l'art. 6 d.lgs. 154/2016, delega che non è stata attuata, ma il contenuto dispositivo è stato ripreso dalla legge di bilancio 2018 (legge 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, commi 119-120).

<sup>43</sup> L.r. Toscana, 27 dicembre 2012, n. 80; l.r. Sicilia, 28 gennaio 2014, n. 5; l.r. Liguria 11 marzo 2014, n. 4; l.r. Veneto 8 agosto 2014, n. 26; l.r. Molise, 5 novembre 2014, n. 16; l.r. Lombardia, 26 novembre 2014, n. 30; l.p. Trento, 4 agosto 2015, n. 15; l.r. Abruzzo, 8 ottobre 2015, n. 26; l.r. Campania, 13 giugno 2016, n. 21; l.r. Lazio, 10 agosto 2016, n. 12; l.r. Friuli-Venezia Giulia, 29 dicembre 2016, n. 25; l.r. Puglia, 29 maggio 2017, n. 15; l.r. Basilicata, 14 dicembre 2017, n. 36. In dottrina v., specialmente, G. STRAMBI, *La questione delle terre incolte e abbandonate e le leggi sulle "banche della terra"*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, pp. 599 ss.

<sup>44</sup> L'assegnazione avviene tramite procedura di evidenza pubblica e il relativo provvedimento specifica le condizioni di conservazione del patrimonio agricolo-forestale e, in particolare, l'uso per il quale il bene è assegnato, la durata e l'ammontare del canone dovuto dall'assegnatario.

iniziativa del soggetto titolare del terreno a seguito di sua offerta spontanea oppure, bonariamente, previa richiesta del comune, e quella amministrativa, ossia posta in essere d'ufficio, con provvedimento amministrativo dello stesso comune attuatore, ove ravvisi un pubblico interesse afferente la salute, la sicurezza o uno stato di necessità o pericolo per la cittadinanza (art. 4, comma 3).

Nell'ordinamento si profila un collegamento privilegiato tra il recupero della destinazione agricola dei suoli e l'ambiente urbano. L'idea è che le pratiche agricole, tradizionalmente confinate nella zona esterna del centro abitato, possono produrre non poche utilità nell'ambito del territorio urbanizzato o nelle immediate adiacenze. È il fenomeno dell'agricoltura urbana e periurbana, di recente attenzione anche da parte del legislatore, soprattutto regionale<sup>45</sup>. Si pensi, ad esempio, al progetto di ricostituzione degli antichi "ristretti" secondo il piano paesaggistico pugliese, già citato; ovvero al "margine urbano" quale ambito caratterizzato dalla prossimità con il territorio urbanizzato, che costituisce componente del territorio rurale da valorizzare secondo la legge urbanistica toscana, specialmente attraverso il sostegno dell'agricoltura (art. 68 l.r. Toscana n. 65/2014); ovvero al fenomeno degli orti urbani (e relative declinazioni: orti sociali, collettivi, periurbani, didattici, ecc.). L'esperienza degli orti urbani sta conoscendo un grande sviluppo e rappresenta un'interessante esempio di partenariato tra soggetti pubblici e soggetti privati, in cui i primi mettono a disposizione della comunità aree abbandonate o terreni agricoli inutilizzati e i secondi vi realizzano attività agricole. Gli orti urbani occupano spazi verdi posti all'interno dell'agglomerato cittadino ovvero in aree periferiche e rappresentano, in ogni caso, elementi del paesaggio urbano<sup>46</sup>, in cui la componente paesaggistica e ambientale si concilia, anzi si qualifica con le pratiche dell'agricoltura. Le finalità sono molteplici: dal recupero di aree dismesse e valorizzazione degli spazi pubblici all'attenzione per la qualità estetica del paesaggio, dalla sicurezza alimentare, per la promozione di stili di vita e di alimentazione sani, alla cittadinanza attiva, che implica l'aggregazione sociale e il rafforzamento del senso di appartenenza alla comunità e al territorio, al sostegno delle famiglie con lo sviluppo di piccole

---

<sup>45</sup> Il modello è al centro dell'attenzione anche delle istituzioni comunitarie. Diversi sono i documenti che esaltano i vantaggi dell'agricoltura urbana e ne sollecitano l'affermazione a livello nazionale. Si veda, ad esempio, lo studio promosso dal Parlamento europeo "*Urban agriculture in Europe: Patterns, challenges and policies*", pubblicato nel mese di dicembre 2017, in cui il tema è affrontato secondo un approccio metodologico di tipo sia top-down (di sinossi e costruzione teorica) sia bottom-up (di raccolta e valutazione delle esperienze con evidenziazione delle buone prassi). Interessante è la tipizzazione delle forme di agricoltura urbana (urban farming e urban food gardening e relative declinazioni) e di definizione dell'ambito applicativo (esclusione dei casi di non urban oriented farming), nonché di evidenziazione della multidimensionalità del fenomeno (benefici di natura sociale, culturale, paesaggistica, ecologica, sanitaria, produttiva). Sul tema è anche di interesse la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 aprile 2017 sulla "*Situazione relativa alla concentrazione dei terreni agricoli nell'UE: come agevolare l'accesso degli agricoltori alla terra*" (2016/2141INI).

<sup>46</sup> Di «innovativi elementi del paesaggio urbano contemporaneo» parla la l.r. Lombardia, 3 luglio 2015, n. 27, "*Gli orti di Lombardia. Disposizioni in materia di orti didattici, urbani e collettivi*" (art. 2, comma 1, lett. c).

autosufficienze alimentari sino alla promozione di opportunità di impresa e occupazione<sup>47</sup>.

Dal punto di vista del fondamento giuridico, sono ancora pochi i riferimenti normativi espliciti, mentre il fenomeno ben si presta all'applicazione di disposizioni di carattere generale. Dal primo punto di vista, rileva, ad esempio, la legge 14 gennaio 2013, n. 10, "Norme per lo sviluppo degli spazi verdi urbani", che significativamente richiama gli orti tra le soluzioni funzionali all'obiettivo della "realizzazione di aree verdi permanenti intorno alle maggiori conurbazioni" (art. 3, comma 2), nonché la legge 1 dicembre 2015, n. 194, "Disposizioni per la tutela e la valorizzazione della biodiversità di interesse agricolo e alimentare" che cita la realizzazione di orti (didattici, sociali, urbani e collettivi) tra gli obiettivi delle cd. comunità del cibo<sup>48</sup>. A livello regionale risultano approvate alcune leggi *ad hoc* ovvero singole disposizioni che promuovono queste iniziative<sup>49</sup>, mentre a livello locale molte esperienze si fondano su regolamenti comunali monotematici.

Gli orti urbani sono altresì esempi virtuosi di applicazione di modelli più generali, come quelli ricavabili dal codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) relativi alle fattispecie che promuovono interventi di sussidiarietà orizzontale (art.

<sup>47</sup> Sul punto v. M. GOLA, *Pianificazione urbanistica e attività economiche. Cibo e spazio urbano: urbanistica e mercati agroalimentari*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, pp. 210 ss., che sottolinea la duplice valenza degli orti urbani: di tipo esteriore-fisico, nel senso di valorizzazione del verde urbano, con le implicazioni di tutela ambientale e paesaggistica – e di converso di contrasto del consumo di suolo – che suscita anche un intento di diffusione della «cultura del verde»; di rilevanza economica, per gli effetti di gestione efficiente del patrimonio pubblico e, da altra visuale, di recupero e diffusione di produzioni tipiche del territorio e di occasione di forme integrative del reddito familiare. Evidenzia le implicazioni anche sul piano della sicurezza urbana, nel senso che la presenza di orti urbani può neutralizzare situazioni di conflittualità e insicurezza di parti del territorio comunale, favorendo la socialità e il controllo diffuso, A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2019, pp. 40 ss., che pure evoca il rischio di condotte degenerate, specialmente di occupazioni abusive di aree abbandonate come atto di protesta contro l'incuria delle istituzioni ovvero sulla base di un'errata percezione del fenomeno degli orti urbani che 'legittimerebbe' autonome appropriazioni. Sul fenomeno degli orti urbani, nelle diverse declinazioni, v. anche M. BOTTIGLIERI, *I servizi pubblici locali di accesso al cibo e la "Turin Food Policy"*, in *Amministrare*, 2016, pp. 73 ss.; N. FERRUCCI, *Agricoltura e ambiente*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2014, p. 323; C. CERTOMÀ, *Orti urbani, giardini condivisi, "guerrilla gardening": l'impegno della società civile nella costruzione partecipata dello spazio pubblico*, in *Rivista di diritto agrario*, 2012, pp. 634 ss.

<sup>48</sup> A livello statale rileva, in una prospettiva *de iure condendo*, il disegno di legge c-63 "Disposizioni per l'arresto del consumo di suolo e per il riuso dei suoli edificati", presentato il 23 marzo 2018 e ancora fermo all'esame delle commissioni, in cui gli orti urbani sono considerati in relazione alla tecnica urbanistica della rigenerazione urbana: secondo l'art. 2, comma 1, lett. l, la rigenerazione urbana è «un insieme coordinato di interventi urbanistici, edilizi, socio-economici, tecnologici, ambientali e culturali che non determinino consumo di suolo, anche con interventi volti a favorire l'insediamento di attività di agricoltura urbana, mediante orti, giardini e boschi urbani, didattici, sociali, condivisi e volti alla tutela delle aree naturali e seminaturali ancora presenti in ambito urbano».

<sup>49</sup> L.p. Trento 26 gennaio 2018, n. 2, "Istituzione, promozione e finanziamento degli orti didattici in Trentino"; l.r. Liguria, 29 novembre 2018, n. 23, "Disposizioni per la rigenerazione urbana e il recupero del territorio agricolo", art. 3, comma 1, n. 8; l.r. Veneto, 6 giugno 2017, n. 14, "Disposizioni per il contenimento del consumo di suolo e modifiche della legge regionale 23 aprile 2014, n. 11 "Nome per il governo del territorio e in materia di paesaggio", art. 8, comma 2; l.r. Lombardia n. 27/2015; l.r. Toscana, 28 dicembre 2015, n. 82, legge finanziaria per il 2016, art. 1 «Centomila orti in Toscana».

189), nonché quello affermatosi a livello locale sull'amministrazione condivisa dei beni comuni, che si fonda su appositi regolamenti comunali e accordi dell'amministrazione comunale con i privati (cd. patti di collaborazione), iniziative le quali, a loro volta, postulano la legittimazione diretta dal principio costituzionale di sussidiarietà.

In ogni caso, l'agricoltura urbana va affermandosi in modo convinto, "punteggiando" l'intero territorio comunale di attività, quelle agricole, prima ignorate o confinate in specifiche zone urbanistiche.

Ne deriva una rimodulazione della fisionomia dei luoghi. La parte prettamente urbanizzata può conoscere, grazie a interventi puntiformi di realizzazione di orti, un miglioramento delle condizioni di vivibilità dei cittadini in ragione della valorizzazione degli aspetti ambientali e sociali sottesi all'agricoltura urbana. La parte non urbanizzata conosce nuove caratterizzazioni: la periferia, qui intesa latamente nel senso iniziale di ciò che *non* è il centro urbano, non è solo quella destinata all'espansione edilizia, residenziale e industriale, ma può essere il luogo per il recupero di attività tradizionali, come quelle agricole, in forme rinnovate. Questo può riguardare soprattutto la parte periurbana, quella più prossima al territorio urbanizzato e l'agricoltura può fungere da strumento – nuovo – per connettere e avvicinare spazi separati ovvero per ricucire il tessuto urbano.

Emerge, per questa via, la "doppia anima" della zona agricola, quella propriamente funzionale a soddisfare gli interessi agricoli, e quella a valenza ambientale e naturalistica utile a decongestionare e compensare gli effetti dell'espansione edilizia. Una doppia anima che ha forza applicativa trasversale, capace di interessare larghe parti del territorio comunale e difficilmente confinabile in specifiche aree, con l'effetto che risaltano i limiti della monofunzionalità propria della tecnica urbanistica della zonizzazione. Una doppia anima che disvela la complessità dell'oggetto e, con essa, una certa dose di incertezza concettuale che impone uno sforzo definitorio e una presa di posizione, invece ancora assenti a livello statale e divergenti a livello regionale<sup>50</sup>. In quest'ultima sede permangono spinte normative contrapposte: accanto a quella che asseconda la vocazione agricola dei suoli e quella mirante alla conservazione del territorio per finalità ambientali, persiste un'impostazione indulgente verso la natura residuale e la vocazione edilizia dell'area agricola, anche sganciata dai soggetti e dagli usi propriamente agricoli.

In ogni caso la caratterizzazione in senso agricolo mostra la vitalità, le potenzialità e anche la poliedricità della periferia urbana e, ancor prima, la sua essenzialità rispetto alla città e al suo centro, ma non nel senso tradizionale, quello monodirezionale che muove dalla città per scaricare sulla periferia bisogni e

---

<sup>50</sup> Sottolineano il carattere oscillante e incoerente della legislazione regionale F. SALVIA – C. BEVILACQUA, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., pp. 86-87.

problemi, ma nel senso dell'attitudine della periferia di integrare e perfezionare la fisionomia della città. Come è stato detto, una città che non affronta la questione delle sue periferie è una città destinata a essere «un mosaico con molte tessere mancanti, frammenti urbani che producono a loro volta frammentazione, dove le relazioni non si svolgono più in un contesto urbano qualificato ma in luoghi-nonluoghi»<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> M. CERASOLI, *Intorno alle periferie*, cit., p. 17.

# LA STRATEGIA «PLASTIC FREE» E I PRINCIPI DELLA DIRETTIVA EUROPEA 2019/904

*Tra economia circolare, diritto dell'ambiente ed ecologia integrale.*

**Luigi Colella\***

**ABSTRACT** [ITA]: L'avvento di una blue economy (circular economy), ispirata ad una logica di prevenzione dei rifiuti, rappresenta un nuovo stile di vita che deve ripensare la vita dei prodotti e ispirare la strategia "plastic free". L'Unione europea con la direttiva 2019/904 ha individuato i nuovi principi per ridurre l'incidenza di determinati prodotti di plastica monouso sull'ambiente, in particolare sull'ambiente acquatico e sulla salute umana. Ciò anche al fine di promuovere la transizione verso un'economia circolare con modelli imprenditoriali innovativi, la neutralità climatica e la tutela della biodiversità. Questa nuova strategia vede gli Stati membri impegnati dal 2021 a costituire un impianto normativo costruito su un ambizioso modello di blue economy per assicurare la difesa di un pianeta e la tutela dell'ambiente.

**ABSTRACT** [ENG]: *The new circular economy is inspired by a logic of waste prevention. The blue economy is a new lifestyle for everyone that must rethink the lives of products to inspire the "plastic free" strategy. With the 2019/904 Directive, the European Union has identified new principles for reducing the incidence of certain disposable plastic products on the environment, in particular on the aquatic environment and human health. This is also to promote the transition to a circular economy with innovative business models, the climate neutrality and the protection of biodiversity. This new strategy sees the member states of the European Union committed since 2021 to set up a regulatory system built on an ambitious blue economy model to ensure the defense of a planet and the protection of environment.*

**SOMMARIO:** **1.** Ambiente, economia circolare e gestione di rifiuti. – **2.** La disciplina europea in materia di rifiuti: le origini. – **3.** La Direttiva 98/2008 e la "società europea del riciclaggio": the *Wastehierarchy*. – **4.** Il Pacchetto rifiuti e le direttive Europee sull'economia circolare: la fine del "take-make-waste" model? – **5.** La tutela del mare e la Direttiva 2019/904 sulle plastiche: principi. – **6.** Brevi note sulla politica "plastic free" in Italia tra normativa nazionale ed esperienze regionali. – **7** Conclusioni.

---

\*Assegnista di ricerca in diritto pubblico comparato università degli studi della Campania "L. Vanvitelli".

## 1. Ambiente, economia circolare e gestione di rifiuti.

La tutela globale dell'ambiente e la protezione delle matrici ambientali (aria, acqua e suolo) implicano sempre più il superamento di un approccio economico tradizionale e "lineare" e, per converso, il diffondersi di un mondo economico circolare ispirato da *best practice* come il riuso, il riciclo e il recupero della materia, degli scarti e dei beni; un mondo in cui è possibile, in altri termini, "costruire con le macerie" e parlare di *End of Waste*<sup>1</sup>.

Come è noto, l'espressione "economia circolare" (circular Economy o anche blue Economy) è ormai entrata nel comune patrimonio linguistico di molti studiosi<sup>2</sup>, specialisti (economisti e giuristi), ma si è diffusa anche nel settore produttivo e commerciale; il concetto è usato, spesso e impropriamente, anche dall'opinione pubblica<sup>3</sup> ed è diretta, in termini semplicistici, al nuovo modo di intendere la produzione e il consumo dei beni e dei materiali.

L'economia che conosciamo, come tradizionalmente intesa, è oggettivamente a carattere lineare (c.d. brown Economy), impostata secondo un modello diacronico così spesso sintetizzato: *estrai, produci, usa, getta*<sup>4</sup>. Secondo gli studiosi, infatti, l'economia lineare sembra del tutto in sintonia con quello che è stato definito come "il paradigma meccanicistico", tipico e proprio del "mondo come macchina"<sup>5</sup>. In questo quadro, il sistema lineare (brown economy) è fonte di inquinamento ambientale per le matrici ecologiche (aria, acqua e suolo) e per l'ambiente nel suo complesso.

Al contrario, l'economia circolare è in linea con il paradigma ecologico-sistemico, coesistente alla nuova concezione del "mondo come rete". Un nuovo modo di intendere il rapporto tra uomo, ambiente ed economia e che privilegia sistemi circolari orientati al riuso, al riciclo e al recupero della materia e dei prodotti, al fine di prevenire e ridurre la produzione di rifiuti e di materiali da scarto.

Secondo alcuni la *blue economy* rappresenta l'evoluzione virtuosa della c.d. *green Economy*; secondo altri, invece, l'economia circolare più che "evoluzione" di quella verde ne rappresenta la positiva trasformazione e persino il superamento, soprattutto

---

<sup>1</sup> G. B. REGGIANI, *Ambiente, rifiuti, principio di legalità: obiettivo End of Waste*, in *federalismi.it*, 4/2018, p. 1-22.

<sup>2</sup> Sull'economia circolare in generale, in dottrina, cfr. fra i tanti, F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?* "Diritto amministrativo" 2017, n. 1, pp. 163 ss.

<sup>3</sup> Secondo la recente dottrina "l'espressione economia circolare è entrata da qualche tempo a far parte del linguaggio comune, dove molto spesso viene utilizzata quasi come uno slogan per alludere ad una tanto generale quanto imprecisata idea di sostenibilità ambientale, sul punto cfr. F. DE LEONARDIS, Presentazione, in F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Eum, 2019, p. 7.

<sup>4</sup> Sul consumo lineare della plastica, cfr. E. NICOLI, C. SPADARO, P. ANTONELLI, *Plastica addio. Fare a meno della plastica: istruzioni per un mondo e una vita "zero waste"*, Milano 2019; W. MCCALLUM, *Vivere senza plastica*, Milano 2019.

<sup>5</sup> F. CAPRIA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, Aboca, Sansepolcro, 2017, p. 40.

sul piano culturale, e include, come si dirà più avanti, anche il concetto di ecologia integrale<sup>6</sup>. È dunque un modello che non si prefigge di agire sui modi e sulle forme della produzione e del consumo delle materie prime sino a realizzare la formula del *zero Waste*, ma è qualcosa di più<sup>7</sup>. Per esempio, la green economy ci spiega che una centrale di energia dovrà funzionare grazie all'energia eolica (invece che a carbone), ma non interviene direttamente sulla qualità e sulla quantità dei materiali che devono essere utilizzati per la sua realizzazione e non ci dirà che ne sarà delle materie prime utilizzate, del loro processo di smaltimento, ecc ...

La definizione di economia circolare (o anche di *blue economy*) – sistema a carattere rigenerativo<sup>8</sup> – si preoccupa, invece, del processo di produzione e della vita dei prodotti, puntando al recupero e al riuso, totale o parziale, dei materiali nobili (si pensi al recupero, riuso, *car sharing*, ecc.). Infatti, per valutare le *performance* di circolarità di un sistema economico occorre verificare l'effettiva capacità di utilizzare nel processo di produzione il materiale riciclato: questo nuovo modo di intendere il processo produttivo richiede uno sforzo culturale, un cambio di mentalità, una trasformazione dello stile di vita.

Sul piano pratico, si tratta di un nuovo modo di intendere la vita della materia e dei beni, curando il processo di vita degli stessi, dall'origine sino al loro riutilizzo come risorsa necessaria per evitare lo smaltimento in discarica.

In questo nuovo quadro, nel 2015 la Commissione europea ha adottato un primo piano d'azione per contribuire ad accelerare la transizione dell'Europa verso un'economia circolare, stimolare la competitività a livello mondiale, promuovere una crescita economica sostenibile e creare nuovi posti di lavoro.

Nel contesto del piano d'azione per l'economia circolare, il 16 gennaio 2018 la Commissione europea ha adottato la Comunicazione "*Strategia europea per la Plastica nell'economia circolare*"<sup>9</sup>. Secondo la Commissione, il modo in cui la plastica è attualmente prodotta, utilizzata e smaltita non permette di cogliere i vantaggi

<sup>6</sup> Sul punto si veda P. MALAVASI, *Ecologia integrale, economia circolare, educazione alla sostenibilità*, in L. DOZZA (a cura di), *Io corpo io racconto io emozione*, Zeroseiup, Bergamo, 2018, p.139-151.

<sup>7</sup> R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione promossa dal Consiglio regionale del Piemonte, questo articolo è reperibile anche sul sito

[http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it/cms/images/pdf/numero2\\_2018/ferrara.pdf](http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it/cms/images/pdf/numero2_2018/ferrara.pdf).

<sup>8</sup> Diverse sono le varie enunciazioni del termine; tuttavia assume un significato all'interno dei vari trattati scientifici la descrizione proposta dalla Ellen MacArthur Foundation (EMF), la più nota e prolifica associazione attiva nella promozione dell'economia circolare: "[CE] is an industrial system that is restorative or regenerative by intention and design. It replaces the 'end-of-life' concept with restoration, shifts towards the use of renewable energy, eliminates the use of toxic chemicals, which impair reuse, and aims for the elimination of waste through the superior design of materials, products, systems, and, within this, business models." (EMF, 2013).

<sup>9</sup> Si veda la *Comunicazione della Commissione al parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni*, sul punto si veda il sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0028&from=EN>.

economici di un approccio più “circolare”, con la conseguenza di danneggiare l’ambiente e produrre un costante inquinamento dei mari<sup>10</sup>.

Secondo la Strategia europea, le sfide connesse alla produzione, al consumo e alla fine del ciclo di vita della plastica possono essere trasformate in opportunità per l’UE e per la competitività dell’industria europea. In questo quadro, le principali azioni proposte in sede europea includono misure straordinarie che mirano a rendere riciclabili tutti gli imballaggi di plastica nell’UE entro il 2030; affrontare la questione delle microplastiche e delle oxo-plastiche aggiunte intenzionalmente nei prodotti (cosmetici, vernici, detersivi, etc.); frenare il consumo di plastica monouso e il marine litter (attraverso una proposta legislativa).

A tal fine occorre interpretare prima di tutto l’economia circolare dei rifiuti come un sistema nuovo in cui si superi il percorso produzione-consumo-smaltimento per sostituirlo con un modello appunto circolare, dove il prodotto di scarto finale viene re-immesso in circolo come materia prima seconda. Per questo motivo a livello europeo è stato previsto dall’Unione europea il cosiddetto “pacchetto rifiuti”, ovvero le modifiche delle più importanti direttive europee in materia di rifiuti al fine di avviare e agevolare la transizione da una economia lineare ad una economia circolare.

L’estensione del ciclo di vita dei prodotti e la riduzione dei rifiuti conseguenti al passaggio all’economia circolare offrirebbero varie opportunità; inoltre potrebbe rappresentare il superamento di un approccio basato sulla gestione emergenziale<sup>11</sup> dei rifiuti e migliorare il buon governo del territorio<sup>12</sup> e dell’ambiente.

Intraprendere la tanto auspicata rivoluzione culturale in senso circolare significa però adottare un approccio interdisciplinare (De Leonardis), che si preoccupi di analizzare il fenomeno dell’economia circolare e le sue molteplici implicazioni in chiave globale, trasversale e intersettoriale, affrontando il problema non solo dal punto di vista giuridico ed economico, ma anche dal punto di vista sociale, ecologico e culturale.

---

<sup>10</sup> Secondo la Commissione europea ogni anno vengono generati in Europa circa 25,8 milioni di tonnellate di rifiuti di plastica, di cui meno del 30% sono raccolti a fini di riciclaggio. Una percentuale significativa dei rifiuti raccolti è trattata in Paesi terzi, dove possono applicarsi norme ambientali diverse.

<sup>11</sup> Sul carattere emergenziale della gestione dei rifiuti si veda L. COLELLA, *La governance dei rifiuti in Campania tra tutela dell’ambiente e pianificazione del territorio. Dalla «crisi dell’emergenza rifiuti» alla «società europea del riciclaggio»*, in *Riv. giur. Ambiente*, 3/2010.

<sup>12</sup> G.L. CONTI, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milano, 2007. V. PEPE, *Governo del territorio e valori costituzionali. La protezione civile in Italia e in Francia*, Cedam, 2009.

## 2. La disciplina europea in materia di rifiuti: le origini.

Quello dei rifiuti è stato uno dei primi settori di intervento nelle questioni ambientali della CEE e ha rappresentato, sin dagli anni '70, cioè prima che le venissero assegnate specifiche competenze, l'espressione di vere e proprie politiche ambientali *ante-litteram*. La *ratio* di tali normative, esemplificate dalla direttiva 75/442/CEE, definita come la "direttiva madre" in materia di rifiuti, era quella di evitare che eccessive differenziazioni nelle politiche di gestione dei rifiuti potessero costituire distorsioni alla concorrenza tra le aziende dei diversi Stati membri.

L'attuale disciplina comunitaria in tema di *gestione dei rifiuti* rappresenta il risultato di un lungo percorso storico-normativo che ha inizio negli anni 70, fino ad arrivare alle recenti direttive in materia che considerano la gestione sostenibile dei rifiuti un *obiettivo prioritario* della politica ambientale europea, volta essenzialmente alla tutela dell'ambiente e della salute umana, ma nel contempo finalizzata oggi al buon "governo del territorio" nel suo complesso.

Il primo ingresso della nozione normativa di rifiuto nella legislazione comunitaria risale infatti all'emanazione della prima direttiva quadro sui rifiuti del 1975, che ha rappresentato la normativa di *prima generazione* nel settore dei rifiuti. Questa direttiva, pur introducendo per la prima volta i concetti di prevenzione<sup>13</sup> e riduzione nella gestione dei rifiuti, essenzialmente privilegiava un approccio basato su strumenti di tipo *reattivo* che affidavano al principio "*chi inquina paga*" la soluzione dei problemi ambientali.

Come è noto, la direttiva 75/442/CEE, vera e propria prima norma quadro, è stata modificata e integrata successivamente dalla direttiva 91/156/CEE, dalla direttiva 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e dalla direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggi. Il quadro normativo è stato poi ulteriormente integrato dalla direttiva 99/31/CE relativa alle discariche proprio al fine di rispondere all'esigenza, sempre più avvertita negli Stati membri, di avviare procedure comunitarie di gestione e di controllo durante la fase operativa e post-operativa di tutte le discariche, in modo da individuare qualsiasi eventuale effetto negativo di queste ultime sull'ambiente.

Ciò posto, è indubbio che fin dagli anni '70 la Comunità europea abbia inteso disciplinare questo settore complesso, e nel contempo *strategico*, delle politiche ambientali attraverso provvedimenti volti al ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Alla direttiva quadro del 1975 sulla gestione dei rifiuti in generale, facente parte secondo autorevole dottrina della categoria delle c.d. direttive *generali*, si sono

---

<sup>13</sup> F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, p. 316.

accompagnati nel corso del tempo provvedimenti mirati e volti alla regolamentazione di particolari attività di gestione dei rifiuti. Si tratta di provvedimenti noti come direttive c.d. *speciali*, perché finalizzate alla disciplina di aspetti specifici della gestione dei rifiuti. In questa categoria possono farsi rientrare, a titolo esemplificativo, la Direttiva 2000/76/CE in materia di incenerimento e coincenerimento di rifiuti pericolosi e non pericolosi, nonché la già citata Direttiva 1999/31/CE in materia di smaltimento di rifiuti in discarica che definisce i requisiti operativi e tecnici per l'attività di smaltimento, ponendo particolare attenzione alla corretta conduzione sia in fase di gestione operativa che in fase di gestione post-chiusura.

Nel rispetto degli obiettivi di sostenibilità fissati a livello europeo, il 17 maggio del 2006 è entrata in vigore la direttiva n. 2006/12/CE, cosiddetta "*Direttiva Rifiuti*", che codifica e sostituisce, ai fini di razionalità e chiarezza, la direttiva madre 75/442/CEE e le sue successive modifiche (91/156/CEE e 91/689/CEE).

La *ratio* della nuova direttiva del 2006, come si evince nel *primo considerando*, è da ricercare nella necessità di sostituire la c.d. Direttiva Madre del '75 relativa ai rifiuti in quanto *modificata a più riprese e in modo sostanziale* nel corso di un trentennio.

La direttiva definisce alcuni concetti basilari, come le nozioni di rifiuto, recupero e smaltimento, e stabilisce gli obblighi essenziali per la gestione dei rifiuti; in particolare definisce un obbligo di autorizzazione e di registrazione per un ente o un'impresa che effettua le operazioni di gestione dei rifiuti e un obbligo per gli Stati membri di elaborare piani per la gestione dei rifiuti. Il nuovo provvedimento stabilisce i nuovi principi fondamentali della materia come, ad esempio, l'obbligo di trattare i rifiuti in modo da evitare impatti negativi sull'ambiente e sulla salute umana avviando politiche di sviluppo sostenibile attraverso il recupero ed il riciclaggio. La direttiva contiene un vero e proprio monito ed un incentivo ad applicare la c.d. *gerarchia dei rifiuti* secondo cui, in altri termini, idealmente in primo luogo c'è la prevenzione e non si devono produrre rifiuti; qualora non sia possibile, i rifiuti devono essere riutilizzati, riciclati e recuperati (nell'ordine) ove ciò risulti fattibile, mentre lo smaltimento in discarica deve essere il più possibile limitato. In linea con i nuovi indirizzi dettati dalla Commissione nel 2005 e nel rispetto di un approccio integrato, a soli due anni dall'entrata in vigore della direttiva 2006/12/CE, il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea, al fine di precisare alcuni concetti fondamentali come le definizioni di rifiuto, recupero e smaltimento e, in particolare, al fine di rafforzare le misure da adottare per la prevenzione dei rifiuti, il 19 novembre del 2008 hanno emanato un'importante Direttiva che, nell'intento di promuovere l'applicazione pratica e concreta della c.d. "*gerarchia dei rifiuti*", ha integralmente abrogato e sostituito la precedente direttiva 2006/12/CE.

La direttiva del 2008, frutto di una nuova filosofia di intervento, ed espressione di una politica ambientale di *terza generazione*, ha inteso rispondere ad esigenze di ammodernamento, aggiornamento e di semplificazione delle politiche ambientali nel settore dei rifiuti.

In questo quadro, la nuova normativa definisce innanzitutto rifiuto qualsiasi “sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l’obbligo di disfarsi secondo le disposizioni nazionali degli Stati membri”<sup>14</sup>, con esclusione degli effluenti gassosi, dei rifiuti radioattivi, dei rifiuti minerali, delle carogne di animali e dei rifiuti agricoli. La nozione soggettiva di rifiuto ha prevalso sulla teoria oggettiva della definizione di rifiuto e ciò anche grazie al contributo della dottrina e della giurisprudenza<sup>15</sup>. Secondo la Corte di Giustizia europea, infatti, il termine *disfarsi* sempre interpretato alla luce della finalità della legislazione comunitaria ovvero la tutela della salute umana e dell’ambiente. Nello stesso tempo il termine *disfarsi* inteso in senso estensivo e non restrittivo, mentre al contrario devono formare oggetto di interpretazione restrittiva le esclusioni di determinate sostanze dall’ambito di applicazione della disciplina generale dei rifiuti. In altre parole, rimane sottratta al campo di applicazione della disciplina dei rifiuti qualsiasi cosa di cui il detentore non si disfi, non abbia l’intenzione o non abbia l’obbligo di disfarsi (sottoprodotti, *end of waste*, m.p.s.).

### 3. La Direttiva 98/2008 e la società europea del riciclaggio: *the Waste hierarchy*.

Come si è avuto modo di evidenziare in un precedente studio sul tema<sup>16</sup>, la Direttiva europea sui rifiuti n. 98 del 2008 costituisce la direttiva madre in materia di rifiuti, recepita in Italia con il d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205 recante «Disposizioni di attuazione della Direttiva (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 19 novembre

<sup>14</sup> In Italia il D.lgs. 205/10 ha riscritto interamente l’art. 183 del D.lgs. 152 del 2016 (Testo unico ambientale) e ha cambiato diverse definizioni, tra cui si segnala innanzitutto quella di *rifiuto* che, a far data dal 25 dicembre 2010, è la seguente: “qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l’intenzione o abbia l’obbligo di disfarsi”. Nella nuova formulazione non compare più il periodo “che rientra nelle categorie riportate nell’allegato A alla parte quarta del presente decreto”. Sicché la nuova definizione di rifiuto prescinde dal riferimento all’elenco positivo costituito dal catalogo europeo dei rifiuti (C.E.R.).

<sup>15</sup> Nella sentenza della Corte di Cassazione n. 25548 del 2019 i giudici italiani hanno escluso nuovamente ogni riferimento a valutazioni soggettive del detentore del rifiuto. In tema di rifiuti, “la definizione dell’art. 183, esige che la qualificazione alla stregua di rifiuti e dei materiali di cui l’agente si disfa consegua a dati obiettivi connaturanti la condotta tipica, anche in rapporto a specifici obblighi di eliminazione, con conseguente esclusione della rilevanza di valutazioni soggettivamente incentrate sulla mancanza di utilità, per il medesimo, dei predetti materiali”.

<sup>16</sup> L. COLELLA, *Rifiuti, tutela dell’ambiente ed economia circolare. La direttiva 2019/904 sulla plastica monouso*, in V. PEPE, L. COLELLA, (a cura di), *Saggi di Diritto ambientale italiano e comparato. Prospettive di cambiamento*, Palazzo Vargas, Salerno 2019, p. 203 e ss.

2008, n. 2008/98 relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive», e, ad oggi, inserita nel *corpus* normativo ambientale n. 152 del 2006, il c.d. Codice dell'ambiente.

La direttiva europea sui rifiuti n. 98 del 2008 è il frutto di una nuova filosofia di intervento ed espressione di una politica ambientale di nuova generazione. La nuova direttiva, infatti, ha inteso rispondere ad esigenze di ammodernamento, aggiornamento e di semplificazione delle politiche ambientali nel settore dei rifiuti, al fine di stabilire una reale gerarchia di gestione dei rifiuti, con un forte impulso verso la "società europea del riciclaggio"<sup>17</sup>.

Questa rivoluzionaria Direttiva n. 98/2008, escludendo dalla sua applicazione alcuni settori apparentemente connessi ai rifiuti, ma disciplinati *ad hoc* da altri provvedimenti normativi specifici, ha introdotto per la prima volta una «gerarchia dei rifiuti» (*the Wastehierarchy*) dalla quale si evince un «ordine di priorità» di ciò che costituisce la migliore opzione ambientale nella politica di gestione dei rifiuti. Infatti, per ciò che concerne la gestione dei rifiuti e la c.d. applicazione della gerarchia delle forme di gestione, va precisato che un ordine di priorità è stato predisposto a livello Comunitario già a partire dagli anni '70, in base ai contenuti della direttiva Quadro 75/442/CEE modificata dalla direttiva 91/156/CEE, secondo cui detta gerarchia doveva attuarsi su tre livelli: 1. prevenzione; 2. recupero; 3. smaltimento, ove il conferimento in discarica rappresentava solo ed esclusivamente una fase residuale della gestione. Trent'anni dopo, con l'emanazione della direttiva 98/2008, l'ordine di priorità ha subito una forte evoluzione ed è stato aggiornato e completato fino a contenere *cinque* diversi livelli di intervento che rappresentano altrettante "5 forme di gestione" della risorsa bene/rifiuto.

In testa alla richiamata gerarchia, individuata precisamente nell'art. 4 della direttiva del 2008 dall'UE, figura la *prevenzione*, ossia misure (adottate prima che una sostanza, un materiale o un prodotto sia diventato rifiuto) che riducono la quantità di rifiuti, anche attraverso il riutilizzo dei prodotti o l'estensione del loro ciclo di vita, gli impatti negativi dei rifiuti prodotti sull'ambiente e sulla salute umana, oppure il contenuto di sostanze pericolose in materiali e prodotti. Segue poi la *preparazione per il riutilizzo*, consistente nelle operazioni di controllo, pulizia e riparazione attraverso cui i prodotti o i componenti di prodotti diventati rifiuti sono preparati in modo da poter essere reimpiegati senza altro pretrattamento. Ulteriore fase è quindi il *riciclaggio*, ossia qualsiasi operazione di recupero attraverso cui i materiali di rifiuto sono ritrattati per ottenere prodotti, materiali o sostanze da utilizzare per la loro funzione originaria o per altri fini. Esso include il ritrattamento di materiale organico, ma non il recupero di energia, né il ritrattamento per ottenere materiale da utilizzare

---

<sup>17</sup> Sul punto si veda L. COLELLA, *La governancedei rifiuti in Campania tra tutela dell'ambiente e pianificazione del territorio. Dalla «crisi dell'emergenza rifiuti» alla «società europea del riciclaggio»*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 3; sia consentito un rinvio V. PEPE, *Protezione civile e pianificazione del territorio*, Padova, 2006.

quale combustibili o in operazioni di riempimento. Va considerato ancora *il recupero*, diverso dal riciclaggio, quale ad esempio il recupero di energia o altre operazioni il cui principale risultato sia permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile sostituendo altri materiali. A questo proposito nell'allegato II la direttiva precisa che la funzione degli impianti di incenerimento dei rifiuti solidi urbani può essere intesa come attività di recupero unicamente se detti impianti rispondono a determinati requisiti di efficienza energetica fissati dalla direttiva.

Ultima forma di gestione, prevista dalla scala di priorità nella direttiva, è lo *smaltimento* che consiste in qualsiasi operazione diversa dal recupero, anche quando l'operazione ha come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia, come il deposito in discarica, la biodegradazione dei rifiuti liquidi e fanghi nei suoli, l'iniezione dei rifiuti pompabili in pozzi, in cupole saline o in faglie geologiche naturali, l'incenerimento o il deposito permanente (ad es. la sistemazione di contenitori in una miniera). Al riguardo la direttiva sottolinea che gli Stati membri non dovrebbero promuovere, laddove possibile, lo smaltimento in discarica e l'incenerimento di materiali riciclati. Nell'applicare questa gerarchia dei rifiuti, precisa la direttiva, gli Stati membri devono anche tenere conto dei principi generali di precauzione e sostenibilità in materia di protezione dell'ambiente, della fattibilità tecnica e praticabilità economica, della protezione delle risorse, nonché degli impatti complessivi sociali, economici, sanitari ed ambientali. La direttiva, quindi, chiede agli Stati membri l'adozione di politiche ambientali volte a promuovere il riutilizzo dei prodotti e le attività di preparazione al riutilizzo. Tutto ciò è necessario al fine di incoraggiare la costituzione ed il sostegno di reti di riutilizzo e di riparazione, di ricorrere a strumenti economici e a criteri per l'aggiudicazione degli appalti e di fissare obiettivi quantitativi e qualitativi sostenibili. Non a caso entro il 2015 gli Stati membri, proprio in ottemperanza agli obiettivi posti dalla direttiva in questione, erano obbligati ad istituire regimi di raccolta differenziata, affinché la preparazione per il riutilizzo ed il riciclaggio dei rifiuti domestici di carta, metallo, plastica e vetro aumentasse di almeno il 50% in termini di peso. Sarà poi la Commissione europea a stabilire le norme di attuazione e calcolo al fine di verificare il raggiungimento di tale scopo, per cui, entro il 2014, si dovevano esaminare le misure e gli obiettivi, per proporre eventualmente il rafforzamento e l'introduzione di nuovi obiettivi per altri flussi di rifiuti (31). La nuova direttiva rifiuti emanata a fine 2008, e recepita nel nostro Paese nel 2010, ha introdotto anche una novità di grande rilievo in materia di *programmazione e di organizzazione* della gestione dei rifiuti negli Stati membri. Secondo l'art. 29 della nuova direttiva, infatti, gli Stati membri dovevano adottare, a norma degli artt. 1 e 4, i c.d. *programmi di prevenzione dei rifiuti* entro il 12 dicembre 2013.

In questo quadro, la disciplina vigente in materia di rifiuti assicura la prevenzione e la riduzione della produzione dei rifiuti attraverso una filiera ispirata alla gerarchia delle forme di gestione dei rifiuti, che tende a favorire il riciclo e ad escludere lo smaltimento in discarica. Con il riuso su larga scala delle materie prime avremmo, nel prossimo futuro, meno inquinamenti delle matrici ambientali, meno disastri paesaggistici e meno rifiuti marini, limitando così la perdita di biodiversità.

#### **4. Il Pacchetto rifiuti e le direttive Europee sull'economia circolare: la fine del "take-make-waste" model?**

Nell'Unione europea ogni anno si usano quasi 15 tonnellate di materiali a persona, mentre ogni cittadino UE genera una media di oltre 4,5 tonnellate di rifiuti l'anno, di cui quasi la metà è smaltita nelle discariche. L'economia lineare, che si affida esclusivamente allo sfruttamento delle risorse, non è più un'opzione praticabile.

Per economia circolare dei rifiuti si intende un sistema in cui si supera il percorso produzione-consumo-smaltimento per sostituirlo con un modello appunto circolare, dove il prodotto di scarto finale viene re-immesso in circolo come materia prima seconda. Secondo la Commissione europea *"un'economia circolare mira a mantenere per un tempo ottimale il valore dei materiali e dell'energia utilizzati nei prodotti nella catena del valore, riducendo così al minimo i rifiuti e l'uso delle risorse. Impedendo che si verifichino perdite di valore nei flussi delle materie, questo tipo di economia crea opportunità economiche e vantaggi competitivi su base sostenibile"*.

Per queste ragioni di recente è stato previsto dall'Unione europea il cosiddetto "pacchetto rifiuti", ovvero le modifiche delle più importanti direttive europee in materia di rifiuti, al fine di avviare e agevolare la transizione da una economia lineare ad una economia circolare. Dal 4 luglio 2018 sono in vigore le quattro Direttive UE in materia di economia circolare, che compongono il «pacchetto economia circolare»<sup>18</sup> e che costituiscono un progetto ambizioso per il futuro della politica ambientale dell'Unione, oltre che un obbligo di tutela ambientale per gli Stati

---

<sup>18</sup> Si veda il pacchetto economia circolare costituito da quattro Direttive *ad hoc*:

- la Direttiva (UE) 2018/849 del 30 maggio 2018 che modifica le direttive 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso, 2006/66/CE relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche;
- la Direttiva (UE) 2018/850 del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti;
- la Direttiva (UE) 2018/851 del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti;
- la Direttiva (UE) 2018/852 del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio.

membri<sup>19</sup>. Nell'ambito di questo nuovo quadro normativo, rimane il principio per cui la decisione sulla gestione pubblica o privata dei rifiuti è di competenza dei singoli Stati.

Secondo il nuovo "pacchetto rifiuti" gli Stati membri sono chiamati a recepire, entro due anni, quanto disposto nelle quattro direttive, che hanno previsto ambiziosi obiettivi di riduzione dell'ammontare dei rifiuti non riciclati. Queste quattro direttive sono ispirate al principio dell'economia circolare che costituisce un sistema economico pensato per potersi rigenerare da solo: ponendosi come alternativa al classico modello lineare, l'economia circolare promuove una concezione diversa della produzione e del consumo di beni e servizi, che passa ad esempio per l'impiego di fonti energetiche rinnovabili, ma anche il re-impiego delle risorse già in circolo, in particolare attraverso il riciclo dei rifiuti.

Le quattro direttive del pacchetto muovono dall'obiettivo strategico che la gestione dei rifiuti nell'Unione europea dovrebbe essere migliorata e trasformata in una gestione sostenibile dei materiali per salvaguardare, tutelare e migliorare la qualità dell'ambiente, proteggere la salute umana, garantire un utilizzo accorto, efficiente e razionale delle risorse naturali, soprattutto promuovendo i principi dell'economia circolare. Secondo la Comunicazione della Commissione UE, "*Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*", la transizione verso un'economia più circolare è al centro dell'agenda per l'efficienza delle risorse stabilita nell'ambito della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Utilizzare le risorse in modo più efficiente e garantire la continuità di tale efficienza non solo è possibile, ma può apportare importanti benefici economici.

Tra gli obiettivi più importanti delle norme europee vi è sicuramente l'incremento delle percentuali di riciclaggio, con l'intento di perseguire il 55% dei rifiuti urbani domestici e commerciali, il 60% nel 2030 e il 65% nel 2035. In questa cornice, l'art. 1 della Direttiva 2018/851 individua il nuovo ambito di applicazione della Direttiva sui rifiuti, che contiene le *misure volte a proteggere l'ambiente e la salute umana evitando o riducendo la produzione di rifiuti, gli effetti negativi della produzione e della gestione dei rifiuti, riducendo gli effetti generali dell'uso delle risorse e migliorandone l'efficienza*; tali misure costituiscono elementi fondamentali per passare a un'economia circolare e per assicurare la competitività a lungo termine dell'Unione. Al fine di contribuire al conseguimento degli obiettivi stabiliti nella direttiva 2008/98/CE, il Parlamento ed il Consiglio hanno previsto che gli Stati membri sfruttino gli strumenti economici e/o

---

<sup>19</sup> Sul punto cfr. U. BARELLI, *La strategia e le norme dell'Unione europea contro la dispersione della plastica nell'ambiente e la loro attuazione in Italia, nelle regioni e nei comuni*, in *Rivista giuridica dell'ambiente online*, n. 10, febbraio 2020, pp. 1-20.

altre misure intesi a fornire incentivi per favorire l'applicazione della gerarchia dei rifiuti<sup>20</sup>.

D'altro canto gli Stati sono chiamati ad adottare le misure opportune per garantire che i rifiuti sottoposti a un'operazione di recupero non siano considerati più tali se rispettano tutte le condizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2008/98/CE, modificato dalla Direttiva 2018/851.

In materia di prevenzione dei rifiuti la Direttiva 2018/851 mira ad assicurare che gli Stati membri favoriscano modelli di produzione, aziendali e di consumo innovativi che riducano la presenza di sostanze pericolose nei materiali e nei prodotti, favoriscano l'estensione del ciclo di vita dei prodotti e promuovano il riciclo, anche attraverso la creazione e il sostegno di reti di riutilizzo e di riparazione, come quelle gestite da imprese dell'economia sociale, sistemi di cauzione-rimborso e di riconsegna-ricarica, e incentivando la ricostruzione, il rinnovo e, se del caso, la ridestinazione dei prodotti, come pure piattaforme di condivisione.

In questa direzione, la Direttiva richiede che gli Stati membri prendano misure volte a promuovere la prevenzione e la riduzione dei rifiuti alimentari in linea con l'Agenda 2030, puntando a conseguire un obiettivo indicativo di riduzione dei rifiuti alimentari a livello di Unione del 30 % entro il 2025 e del 50 % entro il 2030. Nell'ottica di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di tali materie prime, la Direttiva apporta modifica alla direttiva 2008/98/CE per promuovere il riutilizzo dei prodotti che rappresentano le principali fonti di materie prime essenziali, onde evitare che tali materie diventino rifiuti. Inoltre, la Direttiva richiama gli Stati membri ad adottare misure per gestire al meglio i rifiuti contenenti quantità significative di materie prime essenziali, tenendo conto sia della fattibilità economica e tecnologica, sia dei benefici per l'ambiente e per la salute. Si richiede, altresì, agli Stati membri di garantire un maggiore rispetto dell'obbligo di raccolta differenziata dei rifiuti, di cui all'articolo 10, paragrafo 2, e all'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva 2008/98/CE, incluso l'obbligo di istituire la raccolta differenziata almeno per i rifiuti di carta, metallo, plastica e vetro<sup>21</sup>.

Secondo le nuove norme, inoltre, è necessario puntare sulle misure di prevenzione obbligatorie *nei programmi di prevenzione di rifiuti*<sup>22</sup>; la prevenzione, infatti, costituisce

---

<sup>20</sup> Si pensi a misure quali tasse sul collocamento in discarica e sull'incenerimento, tasse sui rifiuti proporzionali alle quantità prodotte, l'agevolazione della donazione di prodotti alimentari e incentivi per le autorità locali, o di altri strumenti e misure adeguati.

<sup>21</sup> Gli Stati membri vengono autorizzati a discostarsi dall'obbligo generale di raccolta differenziata dei rifiuti in casi debitamente giustificati, per esempio laddove la raccolta differenziata di flussi specifici di rifiuti in aree remote e scarsamente popolate produca effetti ambientali negativi che prevalgono sui benefici ambientali complessivi o comporti costi economici sproporzionati.

<sup>22</sup> Sul punto, cfr. *Rapporto sull'Economia Circolare in Italia 2019*, a cura del Circular Economy Network, in <https://circulareconomy.network.it/wp-content/uploads/2019/02/Rapporto-sulleconomia-circolare-in-Italia2019.pdf>.

la chiave di volta della nuova gerarchia di gestione dei rifiuti ispirata al modello *end of waste*. In questo quadro, la transizione da un'economia lineare ad una circolare sarà di fondamentale importanza anche per il raggiungimento degli *Obiettivi dell'Agenda 2030*; tale modello economico, infatti, tiene conto sia della dimensione sociale, che di quella ambientale come componenti essenziali di uno sviluppo sostenibile: una produzione e un consumo responsabili e circolarmente orientati sono il presupposto per garantire il benessere delle persone e dell'ambiente. La scommessa da vincere per l'Unione europea sarà quella di superare le criticità di una politica ambientale e di gestione dei rifiuti fondata sul *take-make-waste model*; in altri termini occorrerà realizzare un modello culturalmente più avanzato e ispirato ad una politica ambientale che contempli anche l'eco-design, la lotta al cambiamento climatico e l'utilizzo delle energie rinnovabili, senza escludere un approccio di prevenzione dei rifiuti e politiche di riuso e riciclo "*for a cleaner and more competitive Europe*", secondo quanto recita oggi il nuovo *Piano di Azione dell'Unione europea sull'economia circolare 2020*<sup>23</sup>.

## **5. La tutela del mare e la Direttiva 2019/904 sulle plastiche: principi.**

In linea con gli obiettivi di politica internazionale<sup>24</sup>, la priorità assoluta della recente strategia europea è rappresentata anche dalla salvaguardia dell'ambiente acquatico e dalla tutela del mare.

La decisione della Commissione europea (2017/848/EU), adottata dopo la sua approvazione da parte degli stati membri dell'UE, ha fissato, infatti, i criteri standard metodologici per determinare concretamente il "buono stato ecologico" in relazione ai rifiuti marini. Questa storica decisione richiede che la composizione, la quantità e la distribuzione territoriale di rifiuti e microrifiuti sulle coste, nello strato superficiale della colonna d'acqua e sul fondo marino siano a livelli che non provochino danni all'ambiente costiero e marino.

Secondo alcuni recenti studi<sup>25</sup> le materie plastiche sono, infatti, le componenti principali dei rifiuti marini; si stima rappresentino fino all'85% dei rifiuti marini

<sup>23</sup> Per consultare il nuovo Piano si veda il sito: [https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/new\\_circular\\_economy\\_action\\_plan.pdf](https://ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/new_circular_economy_action_plan.pdf), ultimo accesso 28 agosto 2020. Secondo il nuovo Piano di azione "This Circular Economy Action Plan provides a future-oriented agenda for achieving a cleaner and more competitive Europe in co-creation with economic actors, consumers, citizens and civil society organisations".

<sup>24</sup> I. TANI, *Oceani di plastica: il quadro giuridico internazionale*, "Rivista giuridica dell'ambiente" 2018, n. 3, pp. 613-659

<sup>25</sup> Cfr. Dossier del Servizio Studi sull'A.S. 1571 e sull'A.S. 674 Disposizioni per il recupero dei rifiuti in mare e nelle acque interne e per la promozione dell'economia circolare ("legge SalvaMare"), febbraio 2020 n. 215, Ufficio ricerche nei settori dell'ambiente e del territorio.

trovati lungo le coste (*beach litter*), sulla superficie del mare e sul fondo dell'oceano (*marine litter*). Attualmente a livello mondiale vengono prodotte ogni anno 300 milioni di tonnellate di materie plastiche, di cui almeno 8 milioni si perdono in mare.

Come si ricorderà, nell'ambito della *Strategia europea per la Plastica*, il 5 giugno 2019, è stata adottata da parte del Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea, la Direttiva 2019/904 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'UE L 155/1)<sup>26</sup>, tesa a ridurre l'incidenza di determinati prodotti di plastica monouso sull'ambiente, in particolare sull'ambiente acquatico e sulla salute umana, nonché promuovere la transizione verso un'economia circolare con modelli imprenditoriali, prodotti e materiali innovativi.

In conformità della convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare<sup>27</sup>, nonché della legislazione dell'Unione in materia di rifiuti, vale a dire la direttiva 2008/98/CE e la direttiva 2000/59/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e in conformità della normativa dell'Unione sulle acque, vale a dire le direttive 2000/60/CE e 2008/56/CE, gli Stati membri devono rinnovare la normativa<sup>28</sup> di settore e sono tenuti a trovare una soluzione alla dispersione di rifiuti in mare laddove compromette il raggiungimento del buono stato ecologico delle rispettive acque marine, anche come contributo all'obiettivo di sviluppo sostenibile n. 14 delle Nazioni unite.

In questi quadro la Direttiva riguarda, nello specifico, i prodotti di *plastica monouso* che più inquinano le spiagge e i mari d'Europa e gli attrezzi da pesca contenenti plastica.

Secondo il quadro giuridico<sup>29</sup> della direttiva per "prodotto di plastica monouso" deve intendersi il prodotto fatto di plastica in tutto o in parte, non concepito, progettato o immesso sul mercato per compiere più spostamenti o rotazioni durante la sua vita, essendo rinviato a un produttore per la ricarica o riutilizzato per lo stesso scopo per il quale è stato concepito.

---

<sup>26</sup>Si veda la Direttiva UE 2019/904 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, pubblicata il 12 giugno 2019, sulla Gazzetta Ufficiale europea ed entrata in vigore il successivo 2 luglio. Il suo scopo, precisamente, è quello di "prevenire e ridurre l'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, in particolare l'ambiente acquatico, e sulla salute umana, nonché promuovere la transizione verso un'economia circolare con modelli imprenditoriali, prodotti e materiali innovativi e sostenibili, contribuendo in tal modo al corretto funzionamento del mercato interno". Il testo integrale della Direttiva è reperibile sul sito <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0904&from=EN>.

<sup>27</sup> Si veda in particolare: la convenzione sulla prevenzione dell'inquinamento marino causato dallo scarico di rifiuti e altre materie (convenzione di Londra) del 1972 e relativo protocollo del 1996 (protocollo di Londra); l'allegato V della convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi (MARPOL) del 1973, come modificata dal suo protocollo del 1978; la convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento del 22 marzo 1989.

<sup>28</sup> Per una visione complessiva della disciplina di settore si veda A. DI FEO, *La gestione e lo smaltimento dei rifiuti plastici in Europa. Principio di precauzione, politiche di prevenzione e modelli comparati di waste management*, Aracne, Roma 2017.

<sup>29</sup> L. BELVISO *Lotta alla plastica ed ecosistemi marini. Il quadro giuridico all'indomani della direttiva UE/2019/904*, in PRZEGLĄD PRAWA ROLNEGO, NR 1 (24), 2019, 183-192.

Questi prodotti rappresentano ormai circa il 77% dei rifiuti marini. Le bottiglie per bevande, quali prodotti di plastica monouso, sono tra i rifiuti marini più frequentemente rinvenuti sulle spiagge nell'Unione. Ciò è dovuto spesso all'inefficacia dei sistemi di raccolta differenziata e alla scarsa partecipazione dei consumatori a tali sistemi. In questo quadro, la direttiva richiama la necessità di promuovere sistemi di raccolta differenziata più efficaci. Nell'insieme delle azioni adottate dalla Direttiva del 2019, dunque, possiamo richiamare nello specifico:

misure per conseguire la riduzione del consumo di contenitori per alimenti e tazze per bevande;

restrizioni all'immissione in commercio di plastica monouso con alternative prontamente disponibili (ad esempio dal 2021 verranno vietate posate e piatti in plastica, cannucce, bastoncini di cotone, agitatori per bevande, aste a sostegno dei palloncini, contenitori per alimenti e per bevande in polistirene espanso, tazze per bevande in polistirene espanso)<sup>30</sup>;

misure di sensibilizzazione e regimi di responsabilità estesa del produttore per tutti gli articoli che non rientrano nella misura di restrizione di mercato, al fine di contribuire al costo della prevenzione, della gestione dei rifiuti, compresi i costi di trattamento;

obblighi di etichettatura per informare i consumatori sul corretto smaltimento dei rifiuti, sul contenuto di plastica e sull'impatto ambientale;

misure relative alla progettazione dei prodotti (ad esempio relative a bottiglie per bevande con tappo collegato).

Nel rispetto delle disposizioni della direttiva ogni Stato membro dovrà adottare provvedimenti nazionali (o modificare quelli esistenti) per adeguarsi alle nuove regole entro il 3 luglio 2021<sup>31</sup>.

Secondo i dati diffusi dalla Commissione europea, grazie alla nuova direttiva si trarranno benefici ambientali ed economici, così quantificabili:

si eviterà l'emissione di 3,4 milioni di tonnellate di CO<sub>2</sub> equivalente;

si ridurranno danni ambientali per un costo equivalente pari a 22 miliardi di euro entro il 2030;

si genereranno risparmi per i consumatori pari a circa 6,5 miliardi di euro.

---

<sup>30</sup> Dal 2021 non potranno essere messi a disposizione sul mercato UE i seguenti prodotti: bastoncini cotonati (eccetto quelli utilizzati a fini medici); posate (forchette, coltelli, cucchiari, bacchette); piatti; cannucce, tranne quelle impiegate a fini medici, agitatori per bevande; aste da attaccare a sostegno dei palloncini, tranne i palloncini per uso industriale o professionale; contenitori per alimenti in polistirene espanso, ossia recipienti quali scatole con o senza coperchio, usati per alimenti pronti per il consumo immediato (compresi i contenitori per alimenti tipo *fast food* o per altri pasti pronti per il consumo immediato, a eccezione di contenitori per bevande, piatti, pacchetti e involucri contenenti alimenti); contenitori per bevande in polistirene espanso e relativi tappi e coperchi; tazze per bevande in polistirene espanso e relativi tappi e coperchi.

<sup>31</sup> La direttiva dovrà essere recepita dai Paesi membri entro il 3 luglio 2021 e si applica ai prodotti di plastica monouso elencati nell'allegato alla direttiva stessa, nonché ai prodotti di plastica oxodegradabile e agli attrezzi da pesca contenenti plastica.

In questa direzione, la direttiva del 2019 sulle plastiche monouso opera come una *lex specialis* rispetto alla direttiva 94/68/CE e alla direttiva 2008/98/CE. In caso di conflitto tra dette direttive, infatti, quella sulla plastica dovrebbe prevalere per quanto attiene al suo ambito di applicazione.

L'aspetto più significativo della nuova Direttiva va ricercato nell'obiettivo finale, ovvero quello di tutelare l'ambiente e la salute umana. La Corte di giustizia ha più volte dichiarato incompatibile con il carattere vincolante, attribuito a una direttiva in forza dell'articolo 288, terzo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, escludere in linea di principio che l'obbligo imposto da una direttiva possa essere fatto valere dagli interessati. Tale considerazione vale in modo particolare per una direttiva che persegue gli obiettivi di prevenire e ridurre l'impatto di determinati prodotti di plastica sull'ambiente acquatico.

La nuova politica europea *plastic free* e i principi della direttiva 2019 assumono un significato ancora più forte oggi visto che a marzo 2020, in piena emergenza sanitaria dovuta dalla crisi epidemiologica da Covid-19, (e a solo un giorno dal lancio della Strategia industriale comunitaria), la Commissione europea ha presentato il *Circular Economy Action Plan*, ossia il Piano d'azione per l'economia circolare UE che costituisce un proseguo virtuale della strategia sulla plastica del 2018. **L'obiettivo è quello di ridurre l'impronta del consumo UE nel prossimo decennio, raddoppiando nel contempo il tasso di riutilizzo dei materiali** e rafforzando la crescita, ma assicurando l'obiettivo ultimo di rendere l'Europa climaticamente neutrale. Una meta – ha spiegato l'esecutivo<sup>32</sup> – raggiungibile solo con la piena collaborazione di parti interessate e imprese. *“Per ottenere la neutralità climatica entro il 2050, preservare il nostro ambiente naturale e rafforzare la nostra competitività, l'economia deve essere completamente circolare”*.

Questa nuova strategia contenuta nel nuovo *Piano di azione 2020* rappresenterà di certo una garanzia di tutela ambientale per gli Stati membri e, in particolare, contribuirà a porre le basi per un nuovo *diritto all'ambiente del cambiamento*<sup>33</sup> fondato sui nuovi principi della sostenibilità, della economia circolare, della resilienza<sup>34</sup> e della non regressione ambientale<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Ciò è quanto ha dichiarato il vicepresidente dell'esecutivo europeo Frans Timmermans.

<sup>33</sup> Sul diritto ambientale del cambiamento cfr. V. PEPE, L. COLELLA, (a cura di), *Saggi di diritto ambientale italiano e comparato. Prospettive di cambiamento*, Salerno 2019.

<sup>34</sup> D. MARCHESE, E. REYNOLDS, M. E. BATES, H. MORGAN, S. SPIERRE CLARK, I. LINKOV, *Resilience and sustainability: Similarities and differences in environmental management applications* in *Science of The Total Environment*, Volumes 613–614, 1 February 2018, 1275-1283.

<sup>35</sup> Sulla tematica dei principi di gestione ambientale cfr. D. AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Jovene, Napoli, 2003, nonché D. AMIRANTE (a cura di), *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, Milano, 2003. Sui principi del diritto ambientale cfr. anche G. LIMONE, *Lo statuto teorico dei principi fra norme e valori*, in D. AMIRANTE in (a cura di), *La forza normativa dei principi giuridici e il diritto ambientale. Profili di teoria generale e di diritto positivo*, Padova, 2007, 33-64. Sul principio di non regressione ambientale si veda Cfr. M. PRIEUR, *Le nouveau principe de non régression en droit de l'environnement*, in M. PRIEUR, G.

## 6. Brevi note sulla politica "plastic free" in Italia tra normativa nazionale ed esperienze regionali.

Secondo il recente "Rapporto nazionale sull'economia circolare in Italia" 2020, realizzato dal CEN-Circular Economy Network<sup>36</sup> - (la rete promossa dalla Fondazione per lo sviluppo sostenibile e da Enea) - il nostro paese è tra le prime cinque principali economie europee nella classifica per *indice di circolarità*, ossia il valore attribuito secondo il grado di uso efficiente delle risorse in cinque categorie: *produzione, consumo, gestione rifiuti, mercato delle materie prime seconde, investimenti e occupazione*. Oltre all'Italia, ci sono anche Germania e Francia, con 11 e 12 punti in meno; ma l'Italia sta perdendo posizioni e a minacciare il primato è la crescita veloce di Francia e Polonia, che migliorano la loro performance con rispettivamente più 7 e più 2 punti di tasso di circolarità nell'ultimo anno.

In questo quadro l'Italia si è impegnata sul piano politico e legislativo ad assolvere gli impegni e perseguire gli obiettivi della Direttiva 2019/904 che, come si è detto, rappresenta senza dubbio un provvedimento ambizioso, destinato, se realmente attuato dagli Stati membri, a cambiare gli stili di vita dei cittadini europei. Come si ricorderà, in Italia, già dal 2018, sono state adottate misure per ridurre la plastica monouso.

In *primis*, la Legge 221/2015 ha introdotto in via sperimentale e su base volontaria il c.d. vuoto a rendere per gli imballaggi di prodotti a uso primario (birra, acqua minerale, ecc.) serviti al pubblico, mentre la legge di Bilancio 2018 (Legge 205/2017) ha previsto un credito di imposta per il 36% in favore di imprese che acquistano prodotti realizzati con materiali in plastica mista. In questa direzione l'art.1, comma 545, della legge 205 del 27 dicembre 2017 (legge di Bilancio 2018) ha disposto che dal 1° gennaio 2019 è vietato commercializzare e produrre sul territorio nazionale i bastoncini per la pulizia delle orecchie che abbiano il supporto in plastica. Il successivo comma 546 ha disposto il divieto di mettere in commercio prodotti cosmetici da risciacquo ad azione esfoliante o detergente contenenti microplastiche a partire dal 1° gennaio 2020.

Nella legge di bilancio 2019 (L. 145/2018) si rinvengono disposizioni che hanno la finalità di contribuire alla riduzione dei rifiuti di plastica e, conseguentemente, ad una riduzione della loro presenza nell'ambiente marino. Si pensi al credito d'imposta nella misura del 36% delle spese sostenute dalle imprese per l'acquisto di prodotti

---

SOZZO, (sous la direction de), *La non régression en droit de l'environnement*, Brussels, 2012. M. PRIEUR, G. GARVER, *Non-regression in environmental protection: a new tool for implementing the Rio principles*, in *Future Perfect, Rio+20*, June 2012, Tudor Rose/UN, 30

<sup>36</sup> *Rapporto sull'Economia Circolare in Italia - 2020*, a cura del Circular Economy Network in collaborazione con ENEA: il rapporto completo è scaricabile dai seguenti siti: [www.fondazionevilupposostenibile.org](http://www.fondazionevilupposostenibile.org) [www.circulareconomynetwork.it](http://www.circulareconomynetwork.it)

realizzati con materiali provenienti dalla raccolta differenziata degli imballaggi in plastica, nonché per l'acquisto di imballaggi biodegradabili e compostabili o derivati dalla raccolta differenziata della carta e dell'alluminio. Nella legge di Bilancio 2020 (L. 160/2019) sono contenute disposizioni volte alla realizzazione di un piano di investimenti pubblici per lo sviluppo di un Green new deal italiano, istituendo un fondo da ripartire, che ha anche finalità di riduzione dell'uso della plastica e di sostituzione della plastica con materiali alternativi. È previsto inoltre l'istituzione che disciplina l'applicazione di un'imposta sul consumo di manufatti in plastica con singolo impiego (MACSI), denominata nel gergo comune "*plastic tax*"<sup>37</sup>.

Il D.L. 111/2019 (c.d. decreto clima) ha poi recato misure per l'incentivazione di prodotti sfusi o alla spina. L'articolo 7 riconosce, in via sperimentale, un contributo a fondo perduto a favore di esercenti commerciali per la vendita di detersivi o prodotti alimentari, sfusi o alla spina. L'articolo 4-*quinquies*, introdotto nel corso dell'esame del disegno di legge di conversione, prevede incentivi ai Comuni che installano eco-compattatori per la riduzione dei rifiuti in plastica, attraverso l'istituzione di uno specifico Fondo denominato "Programma sperimentale Mangiaplastica", nello stato di previsione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, con una dotazione complessiva di 27 milioni di euro per il periodo 2019-2024. Per un approfondimento dei contenuti del decreto-legge, v. il relativo dossier di documentazione.

Attualmente è in corso l'iter finalizzato ad assicurare gli obiettivi di riduzione della produzione di plastiche monouso e a contenere gli inquinamenti attraverso l'ambizioso progetto del c.d. disegno di legge *SalvaMare*<sup>38</sup>. L'articolo 1 enuncia infatti le finalità, quali contribuire al risanamento dell'ecosistema marino e alla promozione dell'economia circolare, nonché alla sensibilizzazione della collettività per la diffusione di modelli comportamentali virtuosi rivolti alla prevenzione del fenomeno dell'abbandono dei rifiuti in mare, nei laghi, nei fiumi e nelle lagune e alla corretta gestione degli stessi.

In attesa che l'Italia possa dare attuazione alla direttiva sulla plastica monouso n. 2019/904, la riduzione della produzione dei prodotti di plastica monouso rappresenta, *de iure condendo*, una rivoluzione eticamente ed economicamente

---

<sup>37</sup> Cfr. Legge 27 dicembre 2019, n. 160 "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022. (19G00165), (GU Serie Generale n.304 del 30-12-2019 - Suppl. Ordinario n. 45).

<sup>38</sup> Oltre alle disposizioni previste nel decreto-legge n. 111/2019, convertito in legge, va richiamata il disegno di legge n. 1571 all'esame del Senato, recante "Disposizioni per il recupero dei rifiuti in mare e nelle acque interne e per la promozione dell'economia circolare (legge SalvaMare)". Il disegno di legge è stato assegnato alla 13ª Commissione permanente (Territorio, ambiente, beni ambientali) in sede redigente il 30 ottobre 2019.

sostenibile necessaria per assicurare la protezione non solo dell'ambiente marino, delle coste e delle spiagge<sup>39</sup>, ma anche dell'ambiente urbano delle città.

Per vincere la sfida della c.d. politica *plastic free* sarà necessario mettere in atto, come afferma il testo della direttiva, sistemi di raccolta differenziata efficienti e importati misure di sensibilizzazione. Secondo la nuova normativa gli Stati membri devono adottare le misure necessarie ad assicurare la raccolta differenziata per il riciclaggio:

a) entro il 2025, di una quantità di rifiuti di prodotti di plastica monouso elencati nella parte F dell'allegato pari al 77 %, in peso, di tali prodotti monouso immessi sul mercato in un determinato anno;

b) entro il 2029, di una quantità di rifiuti di prodotti di plastica monouso elencati nella parte F dell'allegato pari al 90 %, in peso, di tali prodotti di plastica monouso immessi sul mercato in un determinato anno.

Sul piano delle misure di sensibilizzazione ambientale, informazione ed educazione allo sviluppo sostenibile<sup>40</sup>, gli Stati membri dovranno adottare misure volte a informare i consumatori e a incentivarli ad avere un comportamento responsabile, al fine di ridurre la dispersione dei rifiuti derivanti dai prodotti contemplati dalla nuova direttiva; inoltre dovranno adottare anche misure volte a comunicare ai consumatori di prodotti di plastica monouso di attrezzi da pesca contenenti plastica, elencati nella parte G dell'allegato, le informazioni seguenti:

a) la disponibilità di alternative riutilizzabili e di sistemi di riutilizzo, le opzioni di gestione dei rifiuti per tali prodotti di plastica monouso e per attrezzi da pesca contenenti plastica e le migliori pratiche in materia di gestione dei rifiuti a norma dell'articolo 13 della direttiva 2008/98/CE;

b) l'incidenza sull'ambiente, in particolare l'ambiente marino, della dispersione o altro smaltimento improprio dei rifiuti di tali prodotti di plastica monouso e di attrezzi da pesca contenenti plastica;

c) l'impatto dei metodi impropri di smaltimento dei rifiuti di tali prodotti di plastica monouso sulla rete fognaria.

L'obiettivo di salvaguardare il mare e assicurare la strategia *plastic free* costituisce sempre più uno scopo delle regioni italiane che hanno iniziato ad adottare provvedimenti in tal senso. Va ricordato in questa direzione l'esperienza della regione Puglia, nota per aver generato anche una vicenda giurisprudenziale molto interessante. Come si ricorderà l'Ordinanza c.d. *plastic free* della regione Puglia è

<sup>39</sup> E. CAPONE, *La direttiva (ue) 2019/904 (single use plastics – sup o “plastic free”) e la protezione del territorio da parte degli enti locali*, in *Rivista giuridica dell'ambiente on line*, settembre 2019, p. 1-7.

<sup>40</sup> Sul concetto di sviluppo sostenibile sia consentito un rinvio a V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile. Tra governo dell'economia e profili costituzionali*, Edit. La Tribuna, 2002; V. PEPE, *Fare ambiente. Teorie e modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, Franco Angeli Editore, 2008. Sui profili generali della cultura ambientale vedi E. ALOJ, V. PEPE, *Educazione ambientale come educazione allo sviluppo sostenibile*, CNR, Napoli, 1998, p. 480.

stata impugnata davanti al giudice amministrativo (TAR Puglia), sino a giungere in Consiglio di Stato<sup>41</sup> che, con la sua pronuncia, ha ripristinato il divieto di utilizzo della plastica lungo il litorale cancellato dal Tar. Significativa è anche l'esperienza della Regione Molise dove si è giunti ad un provvedimento per la tutela della costa che ha vietato a tutti gli stabilimenti balneari la vendita di piatti, bicchieri, cannucce e stoviglie in plastica usa e getta. Dopo la Puglia, prima regione d'Italia ad avere preso questa decisione, il Molise si adegua alle normative europee che entreranno in vigore dal 2021 grazie all'adozione del "*Piano di sicurezza dei litorali 2020*"<sup>42</sup>, concepito come uno strumento normativo di tutela della costa molisana<sup>43</sup>.

In questa cornice, un altro contributo molto originale proviene dalla regione Campania che con la legge regionale 4 dicembre 2019 n. 26 ha previsto "Misure per la riduzione dell'incidenza della plastica sull'ambiente e modifiche legislative" (si veda il Bollettino Ufficiale Regione Campania n. 73 del 5 dicembre 2019). Secondo questa normativa, nell'ambito delle manifestazioni fieristiche e di comunicazione organizzate o finanziate, anche in parte, da Regione, Enti locali, Enti ed Aziende soggette alla vigilanza degli stessi, a partire dal 3 luglio 2021 è fatto divieto di utilizzare contenitori, mescolatori per bevande, aste a sostegno di palloncini, cannucce e stoviglie, quali posate, forchette, coltelli, cucchiali, bacchette e piatti, in plastica monouso. Siffatta disposizione prevede, inoltre, una particolare norma che bandisce l'uso della plastica monouso a tutela delle aree protette: al riguardo si è stabilito che "nei parchi, nelle aree protette, a partire dal 3 luglio 2021 è fatto divieto di utilizzo per la somministrazione di cibi e bevande di contenitori, mescolatori per bevande, cannucce e stoviglie, quali posate, forchette, coltelli, cucchiali, bacchette e piatti in plastica monouso".

Questa normativa, infatti, stabilisce che la Regione Campania promuova una campagna di informazione e di sensibilizzazione rivolta a tutti i dipendenti della Giunta regionale e del Consiglio e degli Enti strumentali e, in collaborazione con il Co.re.com, a tutti i cittadini, per la responsabilizzazione attraverso comportamenti

---

<sup>41</sup> Cfr. l'ordinanza n. 4274/2019 con la quale la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, riformando la decisione cautelare del TAR di Bari dello scorso 31 luglio 2019, ha respinto l'istanza di sospensione cautelare, presentata da diverse associazioni e imprese produttrici di plastica, dell'ordinanza balneare adottata ad aprile dalla Regione Puglia, nella parte relativa al "plastic free" imposto a gestori di stabilimenti balneari e agli utenti delle spiagge. La decisione collegiale della Quarta Sezione, confermando il decreto monocratico cautelare n. 4032 del 7 agosto del Consiglio di Stato, accoglie l'appello della Regione Puglia, ripristinando il divieto di utilizzo della plastica lungo il litorale.

<sup>42</sup> Cfr. Deliberazione Giunta Regione Molise n. 174 del 1 giugno 2020. Con questo provvedimento è stato approvato ai sensi dell'articolo 13, comma 2, della legge regionale n. 5/2006 e ss.mm.ii. il Piano di Sicurezza delle Spiagge 2020, demandando ai Comuni costieri di Montenero di Bisaccia, Petacciato, Termoli e Campomarino l'attuazione dello stesso.

<sup>43</sup> La Regione Molise, ai sensi della Legge regionale 5 maggio 2006, n. 5, ha il compito di far fronte alla sicurezza delle spiagge libere del litorale molisano. Ogni anno, pertanto, entro il 31 marzo, la Giunta regionale, d'intesa con i Comuni della costa, approva il Piano di sicurezza delle spiagge.

consapevoli volti alla riduzione della produzione di rifiuti, in particolare di oggetti in plastica monouso, e sui divieti e le sanzioni previste. A partire dal 3 luglio 2021 l'inosservanza dei divieti previsti nei parchi e nelle aree protette, sarà punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 euro a 1.000 euro. Le sanzioni sono comminate dalla polizia municipale e destinate ai bilanci degli Enti comunali sul cui territorio è avvenuta la trasgressione.

Ancora di recente la regione Campania con la legge regionale n. 11 del 24 giugno 2020 (si veda il Bollettino Ufficiale Regione Campania n. 133 del 25 giugno 2020) ha previsto ulteriori interventi finalizzati al perseguimento della strategia regionale *plastic free* e ha introdotto taluni "Modifiche alla legge regionale 4 dicembre 2019, n. 25 (Divieto di utilizzo di prodotti in materiale monouso non biodegradabile e compostabile sulle spiagge e gli stabilimenti balneari della Campania) e alla legge regionale 21 aprile 2020, n. 7 (Testo unico sul commercio ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge regionale 14 ottobre, 2015, n. 11)". Secondo questa nuova recentissima normativa "al fine di promuovere la sostenibilità ambientale dello sviluppo del sistema commerciale, nel rispetto dei tempi posti dalla normativa dell'Unione europea e del suo recepimento nell'ordinamento statale vigente, è fatto divieto, per l'espletamento della attività di somministrazione di alimenti e bevande, nonché per il consumo immediato negli esercizi commerciali che vendono prodotti alimentari, l'utilizzazione di contenitori, mescolatori per bevande, cannucce, posate, bicchieri e piatti in plastica." (art. 3).

Non deve passare inosservato che anche molti Comuni italiani hanno adottato Ordinanze sindacali per limitare il consumo di plastica con l'obiettivo di incentivare strategie "*plastic free*" sulle aree urbane. Al riguardo, va segnalato che il giudice amministrativo ha avuto già modo di stabilire che tali ordinanze adottate dai Comuni sono illegittime perché l'obbligo di recepimento della direttiva sulla plastica monouso spetta agli Stati e non ai comuni. Si pensi di recente alla Ordinanza n. 32 del 29.3.2019 del Sindaco di Trapani recante "Incremento della raccolta differenziata e riduzione dell'impatto della plastica sull'ambiente: 'Trapani Comune *Plastic Free*'". Tale Ordinanza sindacale è stata, infatti, annullata dal Tar Sicilia che ha appunto ricordato come "la direttiva (UE) 2019/904, ai sensi dell'articolo 18, è entrata in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, avvenuta il 12 giugno 2019 e, dunque, il 2 luglio 2019. In relazione al termine di recepimento, l'articolo 17, comma 1, prima parte, dispone che "Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 3 luglio 2021". Per il resto - ha aggiunto il giudice amministrativo - "è notorio che la competenza ad adottare le misure di recepimento di normative europee spetta allo Stato e non al Comune".

La *ratio* delle nuove strategie "*plastic free*" e dei nuovi provvedimenti normativi - sia nazionali che regionali, ma anche di quelli adottati dagli enti locali - va ricercata

nell'esigenza di assicurare maggiore coinvolgimento dei cittadini nella gestione dei rifiuti plastici e nella necessità di sensibilizzare condotte ecologiche a sostegno della riduzione delle plastiche e delle fonti di inquinamento ambientale.

## 7. Conclusioni.

Come ha sottolineato il Rapporto 2019 dell'Agenzia Europea dell'Ambiente<sup>44</sup> sulla c.d. *plastic waste in Europe*, la *prevenzione dei rifiuti* resta ancora al centro della legislazione dell'U.E. in materia di rifiuti, in quanto essa fornisce i risultati più efficaci nella gestione delle questioni ambientali relative ai rifiuti. Le misure di prevenzione mirano, infatti, a diminuire la quantità di rifiuti generati dalle nostre economie e a ridurre al minimo gli impatti ambientali derivanti dalla gestione dei rifiuti e dei materiali.

L'attuazione di una strategia "*plastic free*" ispirata alla prevenzione e alla riduzione dei rifiuti alla fonte non può prescindere da tre pilastri portanti: il passaggio dall'economia lineare all'economia circolare, il riconoscimento del diritto dell'ambiente come valore costituzionale<sup>45</sup> e diritto umano fondamentale ed, infine, l'avvento di un nuovo stile di vita ispirato ai canoni dell'ecologia integrale.

Proprio il terzo di questi tre pilastri, ovvero l'ecologia integrale<sup>46</sup>, rappresenta la novità di un nuovo modo di intendere la relazione tra persona e ambiente. È necessario, in questo tempo, un cambio di rotta collettivo che consenta anche di assicurare una tutela integrale dell'ambiente attraverso il ricorso ad una economia circolare come stile di vita che superi il modello di una "economia malata", frutto di una crescita economica iniqua che prescinde dai valori umani fondamentali (Papa Francesco)<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. European Environment Agency, 2019, il Rapporto dell'Agenzia Europea dell'Ambiente 2019 sulla c.d. *plastic waste in Europe*, reperibile sul sito <https://www.eea.europa.eu/publications/preventing-plastic-waste-in-europe>.

<sup>45</sup> Sui rapporti tra ambiente e costituzione cfr. D. AMIRANTE, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Rivista trimestrale speciale, 2019, 1-32.

<sup>46</sup> Si veda A. SPADARO, "*Laudato Si'*". *Guida alla lettura dell'enciclica di papa Francesco*, in *La Civiltà Cattolica*, Quaderno 3961, anno 2005, vol. III, p. 3-22. Sul riferimento al rapporto tra ambiente, religione ed ecologia si veda L. COLELLA, *Ambiente, religione e diritto al "tempo del Creato": prime note comparative tra i fondamenti ecologici della chiesa cattolica e del sikhismo indiano*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2019, p. 1-31. Per approfondimento sul rapporto tra ecologia, religione e ambiente si veda anche D. EDWARDS, *L'ecologia al centro della fede. Il cambiamento del cuore che conduce a un nuovo modo di vivere sulla terra*, EMP, Padova, 2008, e alla *lectio magistralis* di J. MOLTSMANN, *Il futuro ecologico della teologia moderna*, in *Il Regno – Documenti*, 21/2012, pp. 692-698. Cfr. K. GOLSER, *Religioni ed ecologia. La responsabilità verso il creato nelle grandi religioni*, EDB, Bologna, 1995.

<sup>47</sup> Cfr. Discorso di Papa Francesco in occasione della Udienza Generale, Catechesi - "Guarire il mondo": 4. La destinazione universale dei beni e la virtù della speranza, Biblioteca del Palazzo Apostolico, 26 agosto 2020; si

Già nella Enciclica “Laudato Si’”, sulla cura della Casa Comune, il Pontefice ha posto l’accento sulla necessità di realizzare *un’ecologia economica “capace di indurre a considerare la realtà in maniera più ampia*<sup>48</sup>. Infatti, la protezione dell’ambiente, ricorda Papa Francesco, deve costituire (secondo le indicazioni della Dichiarazione di Rio sull’ambiente e lo sviluppo del 1992) parte integrante del processo di sviluppo e non può considerarsi in maniera isolata. Ne consegue che l’analisi dei problemi ambientali – si pensi alla gestione dei rifiuti, alla lotta agli inquinamenti, alla cultura dello scarto, alla tutela del mare e la lotta alla plastica – è inseparabile dall’analisi dei contesti umani, familiari, lavorativi, urbani, e dalla relazione di ciascuna persona con se stessa, che genera un determinato modo di relazionarsi con gli altri e con l’ambiente.

La pandemia da Covid-19 che stiamo tuttora vivendo ci ha condotti sicuramente a un bivio in cui la tutela dell’ecosistema e la protezione della salute non possono prescindere dall’analisi del comportamento e della relazione tra persona e ambiente. Come ricorda Papa Francesco “dobbiamo sfruttare questo momento decisivo per porre termine ad attività e finalità superflue e distruttive, e coltivare valori, legami e progetti generativi. Dobbiamo esaminare le nostre abitudini nell’uso dell’energia, nei consumi, nei trasporti e nell’alimentazione. Dobbiamo togliere dalle nostre economie aspetti non essenziali e nocivi, e dare vita a modalità fruttuose di commercio, produzione e trasporto dei beni”.

L’approccio di una nuova economia circolare, ispirata alla filosofia dell’ecologia integrale e al valore dei rifiuti come risorsa per tutti <sup>49</sup>, potrà sicuramente costituire un nuovo modello di tutela dell’ambiente necessario al pianeta Terra per superare la grande crisi ecologica e climatica ai tempi dell’Antropocene<sup>50</sup>.

---

veda anche il Messaggio di sua Santità Papa Francesco per la celebrazione della giornata mondiale per la cura del Creato 1° settembre 2020.

<sup>48</sup> Per una lettura guidata dell’Enciclica cfr. PAPA FRANCESCO, *Laudato Si’. Enciclica sulla cura della casa comune*, con guida alla lettura di C. Petrini, Edizioni San Paolo, 2015. L. DE GREGORIO, *Laudato Si’: per un’ecologia autenticamente cristiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 41 del 2016.

<sup>49</sup> C. FELIZIANI, *I rifiuti come risorse. L’anello mancante per un’economia circolare*, in F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Eum, 2019.

<sup>50</sup> Il concetto di Antropocene, coniato dal biologo Eugene Stoemer negli anni Ottanta del Novecento, indica l’inizio di una nuova fase geologica, il cui segno distintivo è l’impatto irreversibile delle trasformazioni impresse dall’azione umana all’ambiente terrestre. Per un approfondimento cfr. N. CASTREE, *The Anthropocene and Geography I: The back story*, *Geography Compass*, 8, 7, 2014, pp. 436-449; P. CRUTZEN, *Benvenuti nell’Antropocene. L’uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, Mondadori, Milano, 2005. Crutzen fa coincidere l’inizio dell’Antropocene con la rivoluzione industriale del 18° secolo, che è collegata all’aumento esponenziale della concentrazione di anidride carbonica nell’atmosfera. Questo fenomeno è dovuto all’aumento dell’uso di fonti di energia fossile come il carbone e poi, progressivamente, il petrolio e il gas naturale; questo è correlato ad un tema centrale degli studi geografici, quale la crescita della popolazione umana.

# REGOLAZIONE DELL'ENERGIA ELETTRICA DA FONTE RINNOVABILE IN PARTICOLARE NEI TERRENI AGRICOLI.

**Giovanna Marchianò**

*Professore associato di Diritto pubblico  
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.*

**ABSTRACT [ITA]:** Nel presente lavoro s'intende porre l'accento sulla multifunzionalità dell'agricoltura, sia come agricoltura di produzione, sia come agricoltura di protezione, che sovente assorbe tutta una serie di prestazioni di servizi di interesse pubblico. Partendo da tale dato ci si è soffermati sulla regolamentazione delle energie rinnovabili nel settore agricolo, sulla base delle normative sovra nazionali, comunitarie e nazionali. Il tema verte prevalentemente sull'inscindibile rapporto che passa tra agricoltura e tutela dell'ambiente: ciò ha implicato, da un lato, una regolamentazione degli standard a cui ciascuno Stato membro deve pervenire nella produzione di energia rinnovabile, dall'altro, la previsione di misure di sostegno ovvero di aiuti di Stato per la realizzazione degli obiettivi che l'Unione europea ha previsto. Infine, è stato preso in esame il ruolo delle regioni nella scelta dei siti per l'allocazione delle FER, aprendo questo aspetto, a gravi problemi di carattere costituzionale in considerazione di quanto previsto dall'art. 117 della Costituzione.

**ABSTRACT [ENG]:** *In this work we intend to emphasize the multifunctional of agriculture, both as production agriculture and as protection agriculture, which often absorbs a whole series of services of public interest. Starting from this figure, we focused on the regulation of renewable energies in the agricultural sector, on the basis of supra-national, community and national regulations. The main theme is the inseparable relationship between agriculture and environmental protection, which has involved, on the one hand, regulation of the standards to be reached by each Member State in the production of the renewable energy, on the other hand, the provision of support measures or State aid for the achievement of the objectives which the European Union has set itself. Finally, the role of the regions in the selection of sites for the allocation of RES was examined, opening this aspect to serious problems of a constitutional nature in view of the provisions of art. 117 of the Italian Constitution.*

**SOMMARIO:** Premessa; - **1.** I modelli del c.d. «*social ecological system*» e la disciplina dell'attività agricola; - **2.** Le interazioni tra paesaggio urbano e paesaggio agricolo; - **3.** La multifunzionalità del paesaggio agricolo sia in funzione di produzione che in funzione di protezione; - **4.** Il principio di sostenibilità nei paesaggi agricoli; - **5.** La regolamentazione giuridica delle energie rinnovabili nel settore agricolo; - **6.** La previsione di misure di sostegno per garantire la realizzazione delle FER e l'accesso alle reti; - **7.** Il riconoscimento dell'interdipendenza funzionale tra la produzione di energia rinnovabile e "area agricola": il problema delle allocazioni delle FER; - **8.** La regolamentazione italiana a seguito della normativa europea: il ruolo delle regioni; - **9.** Il principio di proporzionalità e di bilanciamento quali criteri relativi alle scelte dei siti; - **10.** Il procedimento nella scelta dei siti: talune soluzioni regionali;- **11.** Siti idonei e siti non idonei: le scelte regionali e il principio di bilanciamento tra i contrapposti interessi; - **12.** Cenni sul procedimento unico per il rilascio dell'autorizzazione.

## **Premessa.**

I termini della presente analisi prendono spunto dall'ormai acquisito carattere multifunzionale dell'agricoltura<sup>1</sup>, nel quale vanno inserite due coordinate: la prima l'essere l'attività agricola un'attività economica (attività di produzione), la seconda la tradizionale allocazione degli impianti di produzione di energia pulita nelle zone agricole; tra queste coordinate si innesca la necessità della ricerca di sistemi alternativi di fonti di energia rinnovabili anche nel settore agricolo, ove il tema assume una peculiare connotazione.

La produzione di energie derivanti da fonti rinnovabili ha nell'agricoltura e negli altri settori rurali una particolare rilevanza in quanto, subiscono in modo più determinante gli effetti dei cambiamenti climatici; pertanto il generale obiettivo di combattere il *climate change* investe il settore agricolo il quale non solo non è esente da tale problema ma coinvolge tutta una serie di opposti interessi. Basti pensare che, l'insediamento dei relativi impianti, può ledere interessi ambientali di segno opposto sì da compromettere il paesaggio naturale e persino la stessa biodiversità

---

<sup>1</sup> Come la dottrina ha sottolineato, per multifunzionalità in ambito agricolo si intende la peculiarità propria di tale settore di svolgere molteplici funzioni a favore dell'ambiente, della comunità e della società in generale, in relazione alla produzione di beni e servizi: da una parte si individuano le numerose funzioni in ambito produttivo distinte nei diversi settori d'impresa tipici dell'azienda agricola (orticoltura, viticoltura, frutticoltura, allevamento di vario tipo) e dall'altra tutte le attività *extra* produttive connesse ai bisogni del territorio (attività turistica, educativa, didattica, paesaggistica, occupazionale) «*le attività vengono collocate all'interno di un ampio sistema, il sistema rurale sempre più sollecitato dalla società a fornire oltre ai consueti beni primari anche specifici servizi*», v. S. FRANCO - S. SEGNI, *La funzione sociale delle attività agricole. Regione Lazio – Università della Tuscia*, in Quaderni di informazione socioeconomica, 2015, pp. 15, ss.

(agricoltura-protezione)<sup>2</sup>. Com'è stato osservato, «nell'incontro (scontro) fra prodotto agricolo e prodotto energetico si passa da un più contenuto riferimento alle dinamiche competitive fino ad un più forte (ed enfatico) richiamo alla "cattiva abitudine" di localizzare impianti di energia rinnovabili in zone agricole»<sup>3</sup>. L'incentivazione delle fonti di energie rinnovabili, se ben guidata dai pubblici poteri, dovrebbe avere esiti che travalicano il settore energetico: da un lato, esse implicano la riduzione delle emissioni di gas serra giovando indubbiamente all'ambiente, dall'altro, è evidente il risvolto economico perché aprirebbe la strada alla c.d. "agricoltura verde" (che solo da poco inizia a decollare) e che rientra nell'alveolo della c.d. "industria verde". In questo quadro la presente riflessione si focalizza proprio sul rapporto tra agricoltura e impianti per la produzione di energia pulita. A tal fine l'Unione europea, da un lato indica gli obiettivi di produzione di energia pulita che ciascuno Stato membro deve raggiungere, dall'altro prevede regimi di sostegno a favore dell'energia pulita. Aspetti che sembrano contraddire quello che è il reticolo dei principi comunitari: la privatizzazione e il principio di concorrenza. Tuttavia, come si vedrà, entrambi detti principi devono, nei limiti della normativa di settore, "piegarsi" a quello che viene considerato l'obiettivo più rilevante della regolamentazione sovra nazionale e comunitaria: la tutela del clima e dell'ambiente.

## **1. I modelli del c.d. «social ecological system» e la disciplina dell'attività agricola.**

In linea generale si deve prendere atto di un graduale processo di integrazione tra paesaggio agrario e attività economica agricola, nel quadro dei c.d. "sistemi socio-ecologici" (*social ecological system*) in relazione alla tutela dell'ambiente il quale, peraltro, richiama anche l'attività agricola di protezione oltre che di produzione<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Sul punto si è formato un vasto dibattito giuridico, v. G. MANFREDI, *I limiti all'insediamento nelle aree agricole degli impianti di produzione di energie da fonti rinnovabili*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 6/2015, v. F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.* 2005, pp. 889, ss, v. V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, pp. 171, ss, v. U. BARELLI, *I limiti alle energie rinnovabili con particolare riferimento alla tutela della biodiversità*, in *Riv. giur. amb.*, 1/ 2014.

<sup>3</sup> S. VILLAMENA, *Fonti rinnovabili e zone agricole (Ovvero della destinazione del suolo agricolo per la produzione di energia)*, in *Rivista giuridica dell'Edilizia*, 4/2015, p. 157. Sulla "cattiva abitudine" della localizzazione degli impianti di energia rinnovabili in zone agricole, v. G. DE STEFANO, *Che la localizzazione degli impianti di energia rinnovabili in zone agricole non diventi una cattiva abitudine!* in *Rivista giuridica agraria*, 2010, p. 579.

<sup>4</sup> N. FERRUCCI, *Il paesaggio agrario tra Convenzione europea del paesaggio, Codice Urbani e normativa agraristica*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 4/2011, p. 240, «Il carattere composito del paesaggio agrario si dispiega in tutta la sua essenza alla luce della considerazione che esso appare sì prevalentemente plasmato dalla mano dell'agricoltore, ma rileva al contempo tessuto attraverso una fitta trama di elementi che assumono un rilievo significativo sotto il profilo ambientale, storico, culturale, architettonico: il pensiero va da un lato agli elementi naturalistici che costituiscono una sorta di sue invariabili

Com'è stato osservato, il territorio diventa una sorta di contenitore di risorse ambientali oltre che paesaggistiche nonché punto terminale di gran parte delle attività umane suscettibili di mutamenti dovuti a fattori temporali, a interessi economici nonché a scelte di regolamentazione di politica legislativa posta in essere dai regolatori pubblici<sup>5</sup>. Da tempo, si è imposta una presa d'atto sul carattere multifunzionale dell'agricoltura, legando la gestione dei processi produttivi agricoli alla creazione di servizi e di azioni volte al benessere delle persone; processi che «... contribuiscono... a considerare la rete di servizi disponibili per le popolazioni locali, accrescendo la capacità delle imprese agricole di migliorare la visibilità della loro offerta e infine diversificano le opportunità di reddito, stimolando l'ingresso di nuovi soggetti nella gestione di attività economiche innovative»<sup>6</sup>. A tali attività, si aggiunga quella connessa alla creazione di zone verdi per migliorare la qualità dell'aria, anche nelle zone più densamente popolate ovvero migliorare, nella sua più vasta accezione, l'ambiente (atmosfera, clima, biodiversità). Gli imprenditori agricoli grandi e piccoli sono coinvolti nello sviluppo rurale in funzione del sistema nazionale del *welfare* e delle regole vigenti nei vari Paesi: «oltre al settore pubblico e privato dei servizi, si registra un'attività di partecipazione del volontariato e della cooperazione sociale (terzo settore), delle famiglie (quarto settore) e, in modo sempre più evidente delle aziende agricole profit (quello che potrebbe essere definito un quinto settore)»<sup>7</sup>. È innegabile che le norme comunitarie e

---

*strutturali, dall'altro lato alle multiformi tracce di cultura lapidea, dalle dimore nobiliari di campagna, alle ville, alle diverse tipologie di architettura rurale, dai ponticelli ai muretti a secco che delimitano i confini o i terrazzamenti, agli edifici destinati all'esercizio dell'attività agricola, o ad abitazione dell'agricoltore e della sua famiglia».*

<sup>5</sup> Macro-aree, tutela ambientale e tutela dell'agricoltura che, pur procedendo con proprie specializzazioni perdono «... però i caratteri di una, infondata autosufficienza», v. L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002, pp. 65 ss., il quale evidenzia «...il carattere ampio e inclusivo della tutela dell'ambiente correlata alla qualità dell'aria, dei fiumi, dei laghi, delle acque costiere e marine...». S. VILLAMENA, *Fonti rinnovabili e zone agricole (Ovvero della destinazione del suolo agricolo per la produzione di energia, cit., p. 157* «... Tradizionalmente il tema dello sfruttamento del suolo per fini diversi da quelli agricoli è stato affrontato dalla dottrina agraristica. All'interno di questo terreno di ricerca si è poi sviluppato il profilo relativo all'impatto degli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili sulla superficie agricola», cfr. N. FERRUCCI, *Il paesaggio agrario tra Convenzione europea del paesaggio, Codice Urbani e normativa agraristica, cit., p. 240*.

<sup>6</sup> F. DI IACOVO, *Uno sviluppo economicamente e socialmente sostenibile nell'agricoltura biologica e biodinamica*, Franco Angeli, 2003.

<sup>7</sup> Si osservi come la c.d. "impresa agricola sociale", trova oggi una definizione e una regolazione nella legge 18 agosto 2015, n. 141, dal titolo Disposizioni in materia di agricoltura sociale; sinteticamente merita di essere sottolineato come la precitata normativa includa le imprese agricole nel novero dei soggetti protagonisti della fornitura dei servizi sociali e quindi nella realizzazione di misure di *welfare* «viene così a concretizzarsi una nuova modalità di fare impresa in agricoltura, non più finalizzata esclusivamente al profitto e non soltanto rivolta al mercato, ma che guarda con sempre maggiore attenzione ai bisogni della collettività... Si osserva che non si tratta di un nuovo tipo legale, ma di un modello di impresa agricola che si caratterizza per un duplice aspetto: quello agricolo relativo all'attività principale svolta dall'impresa e dunque qualificante l'impresa stessa, e quello sociale, relativo ai servizi essenziali svolti in connessione all'attività agricola» v. N. RICOLLI, *L'impresa agricola sociale verso nuove forme di attività connesse*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 3/2019, [www.rivistadga.it](http://www.rivistadga.it)

le norme nazionali hanno modificato la concezione giuridica dell'imprenditore agricolo, «un soggetto che si è spogliato del suo tradizionale abito di mero produttore di beni per proiettarsi in una prospettiva che lo vede erogatore di servizi, in sinergia con altre iniziative imprenditoriali e culturali che lo collocano all'interno delle aree rurali, nell'ottica della multifunzionalità dell'agricoltura»<sup>8</sup>.

Si deve prendere atto della sempre maggiore frequenza, in agricoltura, della produzione di beni e servizi anche sulla traiettoria del crescente sviluppo dei rapporti città-campagna, dei processi d'inclusione sociale e lavorativa di soggetti svantaggiati, di una sempre maggiore cura del paesaggio nonché della conservazione della biodiversità naturale e delle varietà locali, aspetti dai quali non sono esenti anche le zone urbanizzate, sia pure con sfumature e profili diversi ma legati dallo stesso obiettivo<sup>9</sup>.

Il territorio "rurale/agricolo" si lega ad una concezione di "paesaggio agricolo" inteso come espressione della relazione uomo-natura e non solo come "costrutto storico" tanto più che, l'industria agroalimentare, ha sovente richiesto che a talune tipologie di colture venissero sostituite altre colture più richieste dall'industria agricola, ma ciò non implica il venir meno dell'esistenza di un paesaggio agricolo o meglio dei paesaggi agricoli. L'agricoltura si trova ad assumere nei nostri giorni un ruolo singolare nell'economia in quanto, tramite la riproduzione all'interno del proprio ciclo, riesce a rigenerare continuamente i propri prodotti. Tre fattori determinano questo processo: la natura, il lavoro umano e il capitale impiegato; i tempi dell'autosufficienza appartengono ormai al passato per lo meno per quanto riguarda l'Europa occidentale.

<sup>8</sup> N. FERRUCCI, *Il paesaggio agrario tra Convenzione europea del paesaggio, Codice Urbani e normativa agraristica*, cit., p. 241 «... in questa direzione si muovono le più recenti tendenze legislative nazionali in materia di agroturismo, laddove disegnano il fenomeno con le sembianze di un Giano bifronte, che offre da un lato il volto di un'attività strettamente incardinata, nelle maglie della struttura dell'impresa agricola, dall'altro il volto di un'attività che tende a proporsi come veicolo privilegiato che conduce alla conoscenza del territorio, e dunque alla valorizzazione del paesaggio che lo connota». Merita di essere sottolineato peraltro come, la funzione paesaggistica dell'agriturismo emerge in maniera dirompente nelle disposizioni della legge 20 febbraio 2006, n. 96, che amplia la gamma di attività riconducibili all'alveolo dell'agriturismo, estendendole all'organizzazione di attività ricreative, culturali, didattiche, di pratiche sportive, volte alla valorizzazione del territorio del patrimonio rurale; ciò porta alla legittimazione da parte dell'imprenditore di tutte queste attività come le indicazioni relative alla gamma di prodotti che possono essere offerti dall'imprenditore sia in merito ai prodotti della sua azienda sia in merito a prodotti tipici della zona, caratterizzati dai marchi DOP, IGP, IGT, DOC.

<sup>9</sup> F. ADORNATO, voce *Agricoltura e zootecnia*, in Enc. Giur, Agg. XVI, Roma, 2008, p. 5 «... la multifunzionalità agricola sta nella sua estensione del concetto alla produzione di beni e servizi, naturali e immateriali (ambientali, turistici, ricreativi, paesaggistici, ma anche formativi, didattici, riabilitativi) che, pur essendo espressione di una «domanda», molto spesso sono beni collettivi non diretti al mercato e dunque privi di una conseguente remunerazione, a cui soccorre l'intervento pubblico. A tale relazione si aggiunge, inoltre, quella legata al rapporto tra servizi prodotti e sviluppo rurale, che si individua già nella stessa presenza delle comunità agricole nelle aree rurali, le quali forniscono un contributo alla coesione sociale da un lato, e all'occupazione dall'altro, oltre che all'equilibrio urbanistico e alla risocializzazione di infrastrutture e servizi pubblici lungo l'asse dei rapporti città-campagna».

Si assiste alla transizione da un'agricoltura fondata su aspetti squisitamente produttivi verso un'agricoltura che deve essere inserita in uno scenario che riunisce profili economici, funzionali, ecologici e sociali. Ne è conferma ad esempio l'art. 5 del Regolamento n. 1305/2013, dal quale si desume quanto ampia sia l'interazione tra le ragioni economiche-ambientali rispetto ai diritti dei singoli relativamente alla qualità della vita, al benessere, alla formazione culturale, al contesto abitativo, alla partecipazione sociale, all'utilizzo di nuove tecnologie. D'altro canto, la *ratio* di tale norma era già annoverata tra gli obiettivi della politica di sviluppo rurale volta a contribuire alla «realizzazione della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente sostenibile e inclusiva». Il trasferimento della conoscenza e dell'innovazione nel settore agricolo e nelle zone rurali dovrebbe essere in grado di rinsaldare i rapporti «...tra agricoltura, produzione alimentare e silvicoltura da un lato, e ricerca dell'innovazione dall'altro, al fine di migliorare la gestione delle prestazioni ambientali»<sup>10</sup>.

## 2. Le interazioni tra paesaggio urbano e paesaggio agricolo.

I paesaggi rurali negli ultimi decenni, appaiono interessati da almeno tre fenomeni: l'esplosione delle città al di fuori dei confini tradizionali, la necessità di incentivare nelle stesse aree urbane la creazione delle c.d. "aree verdi", quali ad esempio gli orti urbani, la realizzazione anche attraverso forme di verde integrato negli edifici (tetto o parete verde) e tutto quanto concerne l'ampliamento nelle frange periferiche delle città di un paesaggio *green* per evitare, in prima battuta il degrado delle zone in questione nonché per migliorare la qualità dell'ambiente inteso come ecosistema urbano<sup>11</sup>. Ne è esempio, sia pure solo concettualmente e salvo le profonde differenze, il *Piano di assetto di territorio intercomunale della comunità metropolitana di Padova (PATI)*, dove si prevede anche la tutela e la valorizzazione del paesaggio agricolo minacciato da processi edificatori. Con la dicitura "paesaggi da rigenerare" il piano indica quei territori in cui promuovere e tutelare il paesaggio agricolo fluviale vietando attività ed interventi che possano portare ad un deterioramento delle caratteristiche naturali e della biodiversità della zona. Inoltre, il *PATI* identifica gli ambiti destinati all'istituzione di "Parchi metropolitani", finalizzati alla

---

<sup>10</sup> G. A. PRIMERANO, *Il carattere multifunzionale dell'agricoltura tra attività economica e tutela dell'ambiente*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2019, p. 846. L'Autore riporta il rapporto della FAO del 2017, che ha denunciato i gravi costi per l'ambiente cagionati da modelli insostenibili di produzione e consumo alimentare sotto un diverso aspetto benché, connesso al tema, si è posto l'accento sul processo di desertificazione in atto. Da qui l'osservazione che «... occorre essere consapevoli del fatto che la progettazione delle future città passa anche attraverso la considerazione della connessione tra sistema urbano, sistemi di sostentamento ed aree rurali».

<sup>11</sup> Si parla sovente del concetto di resilienza urbana, correlato alle dinamiche ambientali e territoriali, alla capacità della città di rispondere ai cambiamenti climatici e alle esternalità prodotte, cfr. G. A. PRIMERANO, *Il carattere multifunzionale dell'agricoltura tra attività economica e tutela dell'ambiente*, cit., p. 848, nota n. 38.

connessione di elementi ambientali e paesaggistici di rilievo, alla valorizzazione degli elementi naturalistici di pregio e alla tutela delle aree storico-culturali identitarie del paesaggio agricolo. Merita in questo quadro un richiamo al *Consorzio di gestione del parco Nord di Milano*, che ha portato avanti un importante processo di trasformazione e di sviluppo del territorio urbano: è evidente l'orientamento alla tutela e alla valorizzazione dei caratteri del paesaggio agrario e di quelli ecologici e ambientali, non come obiettivo di sviluppo dell'agricoltura, ma come attività economica in grado di generare reddito; a questo fine ad esempio si deve prendere atto che, nell'ambito del parco, sono stati realizzati circa ottocento orti individuali. Interessante appare altresì il progetto *PREPAIR* incidente sul Bacino del Po, area fonte di criticità per la qualità dell'aria (polveri fini, ossidi di azoto, ozono). Questa zona, che copre il territorio delle regioni italiane del nord ed include diversi agglomerati urbani quali Milano, Bologna e Torino, è rappresentata da un'area densamente popolata ed intensamente industrializzata. Nell'obiettivo di ridurre i livelli di inquinamento atmosferico, le regioni hanno istituito il Tavolo di Bacino Padano ed hanno pianificato azioni comuni con lo scopo di limitare le emissioni nei prossimi anni. La necessità di azioni coordinate ha portato le amministrazioni locali e regionali a sottoscrivere un accordo al fine di sviluppare e coordinare azioni di breve e di lungo periodo per migliorare la qualità dell'aria nel Bacino padano, tra questi un ruolo importante assume l'inserimento di zone verdi-agricole per mitigare il forte inquinamento. Su un diverso piano è l'esempio, nei limiti già sopra sottolineati, del *Piano specializzato per l'agricoltura degli undici Comuni dell'area metropolitana di Bari (BTP)*, nell'ambito del quale sono ricadute le iniziative imprenditoriali, anche relative al settore agricolo e agli investimenti destinati al miglioramento delle condizioni di trasformazione e di commercializzazione dei prodotti agricoli, compresi gli aiuti alle associazioni di produttori, proprio in funzione della promozione dei prodotti agricoli locali. Inoltre, si osservi che, la crisi dell'eccessiva urbanizzazione delle città, ha comportato il ritorno alla campagna da parte di giovani imprenditori agricoli<sup>12</sup>, fenomeno quest'ultimo ravvisabile soprattutto nel meridione del nostro Paese (ancora limitato ma significativo da un punto di vista socio-culturale) volto alla creazione di una nuova coesione sociale e di nuove opportunità per produttori e consumatori nell'ottica della sostenibilità ambientale.

---

<sup>12</sup> Per i quali, proprio a causa del Coronavirus, è stato stanziato un *bonus* per incentivare l'acquisto di nuovi macchinari e attrezzature agricole. Il contributo è pari al 50% dell'investimento per i giovani agricoltori e del 40% per tutte le altre imprese agricole per importi compresi tra un minimo di 1.000 euro fino a un massimo di 60.000 euro; i finanziamenti sono a fondo perduto e vengono assegnati fino a esaurimento delle risorse finanziarie, secondo l'ordine cronologico di ricezione delle domande.

### **3. La multifunzionalità del paesaggio agricolo sia in funzione di produzione che in funzione di protezione.**

Per sottolineare il rilievo assunto dal settore agricolo basta richiamare il ruolo che l'agricoltura ha svolto durante la pandemia che ha colpito il mondo intero e l'Italia in questo periodo: guardando al rilievo dell'agricoltura civica, dimostrata durante le restrizioni imposte dal Covid-19, si è appalesata la necessità di un rilancio della stessa attraverso la previsione di finanziamenti da parte dello Stato con il contestuale affermarsi di un modello di sviluppo sostenibile. Da qui la considerazione che, il paesaggio rurale, diventa uno strumento in grado di sintetizzare, rappresentare e comunicare le progettualità della società e veicolo per la riproduzione dei valori che danno forma alle reti sociali<sup>13</sup>.

Il rilievo ambientale che ha acquisito il settore agricolo alimentare è di tutta evidenza come viene sottolineato nell'attuale PAC: in primo luogo mediante pagamenti diretti giustificati in ragione della produzione di esternalità normalmente non retribuite dal mercato, come appunto la tutela ambientale, il paesaggio, la biodiversità; in secondo luogo attraverso provvedimenti volti a fronteggiare eventuali congiunture dovute ad esempio all'eccedenza alimentare o a improvvisi cali della domanda; in terzo luogo attraverso l'azione attuata dagli Stati membri in forza di programmi nazionali e regionali di sviluppo rurale, inquadrabili nell'ambito delle più generali politiche europee della coesione economica e sociale. Si tratta di un percorso logico-giuridico maturato attraverso varie tappe nell'ambito del quale spiccano i provvedimenti che, fra il 1992 sulla scia dell'affermazione dello sviluppo sostenibile e il 2003, con il superamento del legame tra sovvenzioni e produzione, hanno materializzato l'eco-condizionalità che rappresenta il presupposto dei più recenti interventi. Gli agricoltori beneficiano delle misure di sostegno del reddito a condizione di adeguarsi alle pratiche ecologiche che evidenziano l'impatto positivo della loro attività su questioni come il cambiamento climatico, il mantenimento della biodiversità, la qualità del suolo. Per effetto delle c.d. misure di «"greening" il fondo agricolo non è più configurabile come semplice bene produttivo, ma, partecipando alla preservazione dei beni ulteriori quali il verde, l'acqua, il paesaggio, concorre alla tutela del valore ambiente o se si preferisce, l'agricoltore diviene titolare di una serie di obblighi di fare

---

<sup>13</sup> A. MAGNAGHI, *Una metodologia analitica per la progettazione identitaria del territorio*, A. Magnaghi (a cura di), *Rappresentare i luoghi, metodi e tecniche*, Alinea, Firenze, 2001, pp. 7-52. Si veda in tal senso come F. BENVENUTI, fin dal 1956, aveva sottolineato come il territorio sotto il profilo della sua trasformabilità edilizia piuttosto che sotto il profilo delle sue vocazioni agricole, costituisce così il vulnus principale della libera iniziativa economica dell'attività agricola, sicché la pianificazione urbanistica diventa direzione dell'attività economica. F. BENVENUTI, *Gli elementi giuridici della pianificazione territoriale in Italia*, in *Pianificazione territoriale provinciale*, Atti del Convegno internazionale, Passo della Mendola (TN), 1956, pp. 35, ss.

... in cui si sostanzia una forma di cooperazione alla prestazione di un servizio di interesse generale, di protezione dell'ecosistema»<sup>14</sup>.

Se dal ruolo dell'agricoltore si passa all'analisi delle "zone" o "aree" agricole occorre mettere in luce come, da un lato l'agricoltura trasforma e modella il territorio (e questa trasformazione deriva dalle esigenze economico-sociali e dalle tecniche produttive) dall'altro il territorio condiziona l'attività agricola, favorendo alcune produzioni e scoraggiandone altre, in virtù delle sue varianti morfologiche ma anche della visione "culturale" e "identitaria" che del territorio hanno le popolazioni locali<sup>15</sup>. «È evidente che le pratiche agricole, specie quelle tipiche consolidate nel tempo conformino il territorio, conferendo aspetti visuali, cromatici e percettivi spesso riconosciuti dalle collettività come elementi distintivi e identitari dei luoghi di appartenenza. È peculiare che quest'opera di "forgiatura" del territorio per mano dell'uomo avvenga per ragioni produttive ed economiche e questo dato svela, sul piano giuridico, un'ulteriore caratteristica del paesaggio agrario: l'essere applicazione positiva del principio di sviluppo sostenibile e di quello funzionalmente connesso e di integrazione»<sup>16</sup>. Come osserva Brocca, il rapporto tra attività agricola e paesaggio dipende dal fatto che l'attività agricola è elemento costitutivo anzi, in verità, è fonte di produzione del paesaggio; pertanto, come l'agricoltura si integra nella concezione moderna del paesaggio, così la tutela del paesaggio impone che l'attività agricola sia esercitata secondo forme ecosostenibili<sup>17</sup>.

Il paesaggio agrario diventa la risultanza e la rappresentazione del mescolarsi e dell'evolversi di diversi fattori (condizioni naturali ma anche realtà economico-sociali) e, in questa ricchezza di informazioni interdisciplinari, diventa osservatorio privilegiato per il mondo giuridico in merito all'evoluzione del diritto derivante dalla costante ricerca di una conciliazione fra interessi di un'attività economica (attività agricola) e interessi ambientali. Si può dire che si assiste a una sorta di ambivalenza delle scelte da parte del legislatore, soprattutto nazionale: da un lato attraverso la valorizzazione dell'architettura rurale, secondo quanto disposto dalla legge 24 dicembre 2003, n. 378 - ove vengono previsti specifici strumenti di incentivazione finanziaria al fine di favorire la conservazione originaria degli insediamenti, degli edifici, dei fabbricati rurali, della tutela delle aree circostanti dei tipi e dei modi di coltivazione tradizionali - dall'altro la tutela del suolo e dell'attività agricola in senso

<sup>14</sup> G. A. PRIMERANO, *Il carattere multifunzionale dell'agricoltura tra attività economica e tutela dell'ambiente*, cit., p. 842.

<sup>15</sup> M. BROCCA, *Paesaggio e agricoltura a confronto: riflessioni sulla categoria del paesaggio agrario*, in Riv. Giur. dell'Edilizia, 1-2/ 2016, p. 34.

<sup>16</sup> M. BROCCA, *Paesaggio e agricoltura a confronto: riflessioni sulla categoria del paesaggio agrario*, cit., p. 34.

<sup>17</sup> È questo l'approccio desumibile nella "Convenzione europea del paesaggio", in cui è richiamata l'esigenza di «integrare il paesaggio nelle politiche di pianificazione del territorio urbanistico e in quelle a carattere culturale, ambientale, agricolo, sociale ed economico, nonché nelle altre politiche che possono avere un'incidenza diretta o indiretta sul paesaggio»; art. 5, lett. d., concetto ripreso nel Codice dei beni culturali, di cui si dirà nel testo, ove nell'art. 135, c. 4, lett. d, si fa riferimento alla «salvaguardia dei paesaggi rurali» che assurge come limite e obiettivo della pianificazione paesaggistica.

stretto. Il vero è che, il paesaggio agricolo riflette un criterio storico antropologico per cui si tratta, come si legge nell'art. 131, c. 1, D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, di «*territorio espressivo di identità il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e delle loro interazioni*». La trasformazione del territorio, per effetto di determinate tecniche di coltivazione e produzione agricola (soprattutto l'agricoltura intensiva che pone problemi ulteriori) e per la realizzazione di strutture funzionali all'esercizio dell'agricoltura espressione della c.d. "architettura rurale", è ormai percepita e riconosciuta quale aspetto tipico e identitario di un territorio nonché di elementi portanti del paesaggio agricolo. A tal proposito bisogna rammentare quanto stabilito nella "Convenzione europea del paesaggio", adottata a Firenze il 19 luglio 2000: emblematici sono i riferimenti al paesaggio delle "campagne" e agli "spazi rurali" (art. 2), i cui elementi essenziali sono la conformazione risultate dall'interazione tra attività umane dinamiche della natura e il carattere identitario per la popolazione che, quel paesaggio, vive. Si rammenti come, la nozione di paesaggio rurale, era sconosciuta nella prima legge organica sulla tutela del paesaggio (L. 29 giugno 1939, n. 1497) nella quale gli ambienti naturali venivano ad avere un pubblico interesse solo in quanto idonei a rispondere ad un criterio meramente estetico o «*la cui bellezza è stata riconosciuta dalla letteratura, dalla pittura o da altre forme d'arte o che sono stati scenari di avvenimenti storici*». Con la c.d. legge Galasso (Legge 8 agosto 1985, n. 431), ancora una volta il paesaggio agrario rimane in ombra venendosi a privilegiare zone di interesse ambientale sottoposte a particolari tutele per le loro caratteristiche morfologiche e geografiche: coste, fiumi, ghiacciai. Solo col *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (D.lgs. n. 42/2004), viene richiamata la «*salvaguardia dei paesaggi rurali*», quale elemento di giudizio di compatibilità nell'individuazione e nello sviluppo urbanistico ed edilizio (art. 35, c. 4, lett. d) e al riferimento della «*realizzazione di nuovi valori paesaggistici*», in coerenza con la definizione dinamica del paesaggio ex art. 131, c. 5, nonché attribuendo alle regioni la facoltà di riconoscere, in sede di pianificazione paesaggistica, «*ulteriori contesti territoriali*».

È in questa cornice che riemerge la tutela dell'ambiente agrario lì dove si debbano utilizzare forme di energie rinnovabili avvalendosi del principio di proporzionalità alla ricerca di soluzioni volte a coniugare interessi potenzialmente in conflitto ovvero tutela del paesaggio rurale e allocazione di impianti per la produzione di energia rinnovabile.

#### **4. Il principio di sostenibilità nei paesaggi agricoli.**

In materia di tutela del territorio non può non farsi cenno al "principio della sostenibilità", quale criterio concettuale non solo di carattere giuridico ma anche

etico, economico e politologo. Come è noto, lo sviluppo sostenibile ha portato all'attenzione dei mercati la questione dell'esauribilità delle risorse naturali e la prospettiva intergenerazionale in chiave, non solo ambientale ma anche sociale. «*Il trascinare dell'attività agricola verso lo sviluppo sostenibile tende ... ad approdare - sempre che le scelte dei pubblici poteri sovraordinati si dirigano in questa direzione cui la legislazione li facoltizza - verso la salvaguardia ambientale pura e semplice destinata a tramandare il patrimonio rurale alle generazioni future*»<sup>18</sup>. Così si è inserito nel rapporto tra ambiente e mercato - e il settore agricolo ne è una cartina tornasole - un fattore di mediazione tra opposte esigenze, la crescita economica e la tutela ambientale. Il regolatore pubblico viene a farsi interprete del principio di sviluppo sostenibile nell'elaborazione e nell'attuazione delle politiche pubbliche, con l'obiettivo di conciliare crescita economica e preservazione dell'ambiente e del paesaggio in generale<sup>19</sup>. Non va dimenticato che l'affermarsi dell'esigenza di sostenibilità deve collocarsi all'inizio degli '70 in contesti globali per indicare l'emergere della questione ambientale generata da un modello di sviluppo economico e della sua eccessiva pressione sulle risorse naturali<sup>20</sup>. L'idea alla base del concetto in esame non porta alla negazione della necessità della crescita economica, ma attribuisce un rilievo giuridico a interessi diversi e potenzialmente antagonisti nel quadro di un coordinato sviluppo economico<sup>21</sup>. Sostenibilità che si estrinseca nella ricerca di soluzioni durevoli che si pongono nella prospettiva di un futuro non ben definito o, comunque, variabile; si deve in ogni caso far riferimento ad una dimensione temporale non definibile aprioristicamente che si prefigge di tutelare le generazioni future assolvendo una funzione solidaristica di tipo intergenerazionale. È pur vero che la nozione di sostenibilità ha un *vulnus* di "indeterminatezza" concettuale, spesso rimarcata dalla letteratura giuridica, tuttavia il concetto integra un nucleo di carattere identitario relativo all'uso delle risorse ambientali comprensive, ovviamente, dell'ambiente

<sup>18</sup> P. URBANI, *Le aree agricole tra disciplina urbanistica e regolamentazione dell'attività economica*, in Riv. giur. Edilizia, 1/2010, p. 45.

<sup>19</sup> M. ANTONIOLI, *La sostenibilità dello sviluppo tra i principi del diritto, proceduralizzazione, eticità e crescita economica*, in Riv. Trim. Italiana Diritto comunitario, 1/2017, p. 18. Osserva l'Autore come la sostenibilità, quale oggettivizzazione dello sviluppo, integra un principio la cui applicazione, in misura crescente tende ad ampliare i suoi confini. Sebbene incontri un generale consenso, rischia di apparire affetto di quella stessa indeterminatezza che viene contestata da altri concetti utilizzati nell'ambito delle discipline sociali. «*Non di meno il principio assolve ad un ruolo rilevante nei confronti delle norme di rango legislativo, sia sotto il profilo della loro interpretazione, che quello del controllo della loro legittimità. Inoltre, la declinazione del principio rappresenta un vero e proprio tratto identitario dell'ambiente e della sua governance, integrando uno strumento in grado di orientare i poteri di policy conferiti alle autorità preposte alla tutela della biosfera, degli ecosistemi e del paesaggio*».

<sup>20</sup> E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in Il diritto dell'economia, 1/2019, p. 499.

<sup>21</sup> Si veda la Dichiarazione di Stoccolma del 1972 dove, al Principio n. 5 si legge «*Le risorse non rinnovabili della Terra devono essere utilizzate in modo da evitarne l'esaurimento futuro e da assicurare che i benefici del loro sfruttamento siano condivisi da tutta l'umanità*».

agrario soprattutto dell'agricoltura di produzione<sup>22</sup>. Ciò comporta, tra l'altro, che non si può più accogliere l'assunto (che per anni è stato adottato) in base al quale secondo quanto prescritto dai piani regolatori generali, solo nelle zone di tipo "E", ovvero nelle zone agricole, si possano introdurre taluni impianti di produzione di energie rinnovabili. La classificazione delle aree agricole secondo il metodo della zonizzazione del Piano regolatore generale non rispondeva, all'origine, all'esigenza di identificazione della vocazione agricola di una parte del territorio, ma era più che altro diretta a interporre limitazioni all'edificabilità al fine di garantire un equilibrio tra aree edificabili e aree libere<sup>23</sup>. In questo quadro, il concetto di sostenibilità, ad avviso di chi scrive calato nell'argomento in esame, vuol dire anche una valutazione tra elementi positivi ed elementi negativi in tema di energia sostenibile relativamente all'allocatione delle FER in zone a vocazione agricola. Cosicché la sostenibilità, oltre che come oggettivizzazione dello sviluppo, può essere utilizzata autonomamente rimarcandosi sia la stabilità, continuità ed equilibrio di un intervento nel settore agricolo e, al contempo, comporta dinamismo e cambiamento a seconda delle esigenze dell'ambiente e del contesto sociale<sup>24</sup>. D'altro canto, una certa consistenza al principio della sostenibilità in materia ambientale è rinvenibile negli articoli n. 11, 191 e 192 TFUE, che riguardano la salvaguardia ambientale, la tutela della salute umana e soprattutto l'uso razionale delle risorse naturali nel quadro della realizzazione dello sviluppo sostenibile; da essi scaturisce la disciplina derivata, vedi Direttiva 2009/28/CE, sulle fonti rinnovabili.

## **5. La regolamentazione giuridica delle energie rinnovabili nel settore agricolo.**

In agricoltura, o meglio nelle zone agricole, si evidenziano in modo più spiccato rispetto alle zone urbanizzate, la ricerca e l'utilizzo di energie rinnovabili anche in considerazione della normativa che impatta tale settore e che coinvolge una gamma

---

<sup>22</sup> P. RANCI, *Economia dell'energia*, Bologna, 2011, p. 30 «Si è osservato infatti che non esiste una definizione o un approccio univoco allo sviluppo sostenibile. Tuttavia, tutte le posizioni espresse sul tema riconoscono un problema di allocazione intertemporale delle risorse secondo criteri di equità ed efficienza. Ne deriva come una definizione condivisa, ancorché molto generica, di sviluppo sostenibile sia quella di sviluppo economico che perduri nel tempo».

<sup>23</sup> Nella logica del PRG, l'interesse agricolo finiva per porsi come interesse debole destinato a una tutela indiretta condizionata specularmente dalle prospettive edificatorie dell'area interessata. Eppure questo nucleo di tutela si è prestato da un lato, ad un'interpretazione estensiva ad opera della giurisprudenza e dall'altro ad una evoluzione legislativa soprattutto per mano delle Regioni, v. M. BROCCA, *Paesaggio e agricoltura a confronto: riflessioni sulla categoria del paesaggio agrario*, cit., pp. 12, 13.

<sup>24</sup> M. ANTONIOLI, *La sostenibilità dello sviluppo tra i principi del diritto, proceduralizzazione, eticità e crescita economica*, cit., p. 22.

di diritti costituzionalmente garantiti quali il paesaggio, il clima, l'attività agricola sotto il profilo dell'iniziativa economica.

Su un piano generale occorre rammentare come, il problema della riduzione delle emissioni nocive, per contrastare il *climate change*, si sia imposto nel nostro Paese attraverso gli accordi internazionali sottoscritti nel Protocollo di Kyoto il 7 dicembre 1997, che prevedeva fin da allora la promozione di fonti alternative di energia e la richiesta di un maggior intervento dei pubblici poteri nel processo di produzione e distribuzione dell'energia rinnovabile. Al piano internazionale fa seguito l'intervento europeo, al quale si deve l'impulso dell'adozione di energie alternative, soprattutto nella disciplina contenuta in quello che viene definito il "Terzo Pacchetto" che si compone, come noto, della Direttiva 2009/72/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, della Direttiva del 2009/73/CE più specificamente rivolta al mercato comune del gas nonché di tre Regolamenti<sup>25</sup>. Nel c.d. "Pacchetto Clima-energia" rilevano, nel settore in esame, la Direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso delle FER, la Direttiva 2009/29/CE sul sistema comunitario per lo scambio di quote di emissione di gas a effetto serra, la Decisione n. 406/2009/CE concernente gli sforzi degli Stati membri per ridurre le emissioni di gas a effetto serra entro il 2020 nonché la Direttiva 2009/31/CE sullo stoccaggio geologico del biossido di carbonio.

Nella disciplina europea, proprio attraverso la Direttiva 2009/28/CE, si dà corso al concreto obiettivo della produzione di fonti rinnovabili con conseguente rafforzamento della concorrenza e integrazione del mercato dell'energia. Tale direttiva, che fa parte del precitato "Pacchetto Clima-energia" varato nell'aprile 2009, si propone di conseguire gli obiettivi dell'Unione per il 2020, allo scopo di ridurre del 20% le immissioni di gas a effetto serra, portare al 20% il risparmio energetico e aumentare al 20% il consumo delle fonti rinnovabili (percentuale modificata successivamente in relazione ai singoli Stati membri). Compito della direttiva era ed è quello di perseguire le finalità previste dall'Unione, imponendo a ciascuno Stato membro di procedere «... *ad un'allocazione giusta e adeguata che tenga conto della diversa situazione di partenza e delle possibilità degli Stati membri, ivi compreso il livello attuale dell'energia da fonti rinnovabili e il mix energetico*» (vedi in tal senso il Considerando n. 15)<sup>26</sup>. L'Agenzia europea ambientale ha preso in esame le misure adottate nell'ambito

<sup>25</sup> Regolamento n. 713/2009 che istituisce l'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia; Regolamento n. 714/2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti per gli scambi transfrontalieri; Regolamento n. 715/2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas.

<sup>26</sup> Direttiva 2009/28/CE, Considerando n. 15: «*Le situazioni di partenza, le possibilità di sviluppo dell'energia da fonti rinnovabili e il mix energetico variano da uno Stato membro all'altro. Occorre pertanto tradurre l'obiettivo complessivo comunitario del 20 % in obiettivi individuali per ogni Stato membro, procedendo ad un'allocazione giusta e adeguata che tenga conto della diversa situazione di partenza e delle possibilità degli Stati membri, ivi compreso il livello attuale dell'energia da fonti rinnovabili e il mix energetico. A questo scopo, occorre ripartire l'aumento totale richiesto dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili tra gli Stati membri sulla*

europeo e nei singoli Paesi e, dallo studio effettuato, si è rilevato come il livello di emissioni per il raggiungimento degli obiettivi stabiliti a partire dal 1990, le emissioni diverse dalla CO<sub>2</sub> provenienti dall'agricoltura siano costantemente diminuite oltre il 20%.

Più in generale la creazione di un "mercato energetico europeo" che rappresenta l'obiettivo finale richiamato nelle direttive sopra citate, ha trovato un rafforzamento nel Trattato di Lisbona che offre l'individuazione di un'autonoma base giuridica nell'art. 194 TFUE dove, al primo comma, si legge che «*Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche*»<sup>27</sup>. È tuttavia vero, come osserva Cocconi, che «... l'assenza di un'autonoma base giuridica non ha mai costituito, in realtà, un effettivo ostacolo all'indubbia rilevanza della questione energetica nel processo d'integrazione europea, sia pure intesa, inizialmente, principalmente nella dimensione della c.d. "integrazione negativa" ossia della sua compatibilità con le garanzie delle libertà economiche fondamentali e della tutela del mercato concorrenziale»<sup>28</sup>.

---

*base di un aumento uguale della quota di ogni Stato membro ponderato in funzione del rispettivo PIL, modulato in modo da tenere conto della loro situazione di partenza, ed effettuando i calcoli in termini di consumo finale lordo di energia, tenuto conto dell'impegno precedentemente profuso dagli Stati membri in merito all'uso dell'energia da fonti rinnovabili».*

<sup>27</sup> L'art. 194 TFUE, ai punti 2 e 3, si legge: «... 2. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al paragrafo 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, fatto salvo l'articolo 192, paragrafo 2, lettera c). 3. In deroga al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, stabilisce le misure ivi contemplate se sono principalmente di natura fiscale». Il tema era già stato affrontato nel trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel 1999, il quale inseriva un nuovo principio della tutela ambientale quale principio "trasversale" dell'intero processo d'integrazione europea; cosicché la tutela dell'ambiente diventa parte integrante della definizione e dell'attuazione delle politiche dell'Unione nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. Come è stato rilevato, M. MARLETTA, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 3/2014, p. 467, non sono state soltanto ragioni ambientali (la riduzione delle emissioni di CO<sub>2</sub>) o di mercato (il loro contributo ad un più sicuro approvvigionamento energetico) a rendere vivace il dibattito sulle rinnovabili e a creare un clima favorevole alla loro incentivazione ma si è auspicata altresì la positiva ricaduta sull'occupazione e sullo sviluppo regionale, il potenziale contributo a una crescita economica anche dei Paesi emergenti divenuti grandi consumatori di energia.

<sup>28</sup> M. COCCONI, *Programmazione e regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile*, in *Il diritto dell'economia*, Vol. 27, n. 83, 2014, pp. 137, ss. Singolare è a ben vedere l'intervento dell'Unione nel settore dell'energia in quanto, nonostante il processo di avvio del cammino dell'integrazione deve far riferimento all'istituzione della Comunità del carbone e dell'acciaio, il Trattato istitutivo della Comunità economica europea, firmato a Roma nel 1957, non conteneva alcuna disposizione specifica in tema di energia. Nel Trattato CE, col processo d'integrazione e il ricorso ai c.d. poteri impliciti, ex art. 308, prima ancora dell'art. 235 Trattato CE,

Da qui il nesso tra fonti rinnovabili e tutela ambientale ripreso nella Direttiva 2009/28/CE laddove si specifica che gli Stati membri devono prevedere che tali livelli siano conseguiti con l'inserimento di produzione di energia rinnovabile nel rispetto delle prescrizioni minime di rendimento energetico, già previste nella Direttiva 2002/91/CE in materia edilizia. Tema ripreso nel Libro Verde del 2013<sup>29</sup>, ove si legge: «*The EU has a clear framework to steer its energy and climate policies up to 2020. This framework integrates different policy objectives such as reducing greenhouse gas (GHG) emissions, securing energy supply and supporting growth, competitiveness and jobs through a high technology, cost effective and resource efficient approach. These policy objectives are delivered by three headline targets for GHG emission reductions, renewable energy and energy savings. There are additional targets for energy used by the transport sector. In parallel, the EU has put in place a regulatory framework to drive the creation of an open, integrated and competitive single market for energy which promotes the security of energy supplies. While the EU is making good progress towards meeting the 2020 targets, creating the internal market for energy and meeting other objectives of energy policy, there is a need now to reflect on a new 2030 framework for climate and energy policies...*». Attraverso il raggiungimento degli obiettivi di una politica energetica sostenibile, l'Unione prevede l'obiettivo di favorire lo sviluppo economico avvalendosi dell'innovazione tecnologica derivante dall'evoluzione tecnica dei meccanismi di produzione di fonti rinnovabili, il che comporta o dovrebbe comportare, l'ingresso nel mercato energetico di nuovi soggetti e lo sviluppo delle filiere specializzate affinché, l'incremento delle fonti energetiche integrative, possa accrescere la competitività economica dell'Unione in tema di energia pulita. Il punto è che, la sicurezza dell'approvvigionamento, la sostenibilità ambientale e la compatibilità economica, rappresentano gli obiettivi principali della politica energetica europea sulle fonti rinnovabili che dovrebbero assumere un ruolo decisivo per un effettivo sviluppo del comparto energetico. In ogni caso si appalesa che, il rapporto tra l'obiettivo dello sviluppo delle energie rinnovabili e la tutela ambientale, non dovrebbe essere rappresentato come contrapposizione o subalternità dell'uno all'altra ma, secondo la dottrina prevalente, come integrazione tra due valori che concorrono agli stessi obiettivi. Tuttavia, si è già espressa la personale perplessità circa tale impostazione

---

l'Unione interviene in materia energetica, anche se non è possibile intravedere disposizioni in materia di energie rinnovabili. L'azione europea mirava prevalentemente a liberalizzare i mercati nazionali dell'elettricità e del gas attraverso lo smantellamento dei monopoli nazionali e comunque una tutela degli interessi generali in materia non completamente assoggettabili alle regole del mercato. Il tema delle fonti rinnovabili si affaccia solo successivamente nel senso di armonizzazione degli obblighi del servizio pubblico stabiliti dal diritto derivato e il necessario rispetto dell'allora art. 86 del Trattato (ora art. 106 TFUE), ossia della missione dei servizi di interesse economico generale. Per un'analisi più approfondita cfr. D. SORACE, *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, pp. 1009, ss; v. M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011, p. 375.

<sup>29</sup> Lo stesso nesso emerge con evidenza nel Libro Verde "A framework for climate and Energy policies" (COM 2013/0169).

sulla base, non tanto della dottrina in materia, quanto della giurisprudenza nazionale e comunitaria, come si dirà più avanti. È indicativo che un'interessante ricerca dottrinale abbia avuto come titolo «*La tirannia dell'ambiente*»<sup>30</sup>, proprio perché, salvo casi eccezionali, si deve prendere atto del *favor* ambientale anche a scapito di altri valori, almeno secondo una prima e talvolta non approfondita lettura delle normative comunitarie che sembrerebbero non porre ostacoli pur di cogliere tali obiettivi. Gli obblighi europei gravanti sugli Stati membri attengono unicamente a un obiettivo incremento delle fonti rinnovabili: l'opzione fra le diverse tipologie e le tecnologie da utilizzare per conseguire gli obiettivi europei, resta in capo agli Stati membri stante le differenti caratteristiche orografiche, climatiche ed economiche di ciascuno Stato. Si affida quindi alle istituzioni europee, sia pure nell'esercizio delle competenze ambientali ed entro condizioni di esercizio assai restrittive, l'intervento negli ambiti di competenza degli Stati nel settore dell'energia. Tant'è che, secondo una parte della dottrina<sup>31</sup>, l'art. 194 TFUE deve essere interpretato come una "determinazione" finalizzata al conseguimento di una politica europea in materia energetica negli stessi confini dell'azione degli Stati membri. Il vero è che, l'intervento dell'Unione contenuto nella Direttiva 2009/28/CE, pur trovando un fondamento giuridico nella normativa comunitaria, fa leva sul principio di sussidiarietà ossia sul riconoscimento dell'esistenza di interessi transnazionali che non possono essere disciplinati in modo soddisfacente da ciascuno Stato membro. Così, il principio di sussidiarietà, inteso in senso "dinamico" assurge a criterio di legittimazione dell'intervento comunitario e, nella posizione sopra richiamata, riveste altresì il ruolo di criterio idoneo ad orientare le modalità di esercizio dei pubblici poteri, ovvero criterio regolatore delle competenze in materia.

In questa prospettiva il ricorso alle direttive rappresenta lo strumento normativo più adatto per dar luogo a un'effettiva promozione delle fonti energetiche rinnovabili ciò in quanto, pur fissando obiettivi vincolanti per gli Stati membri, lascia agli stessi la scelta delle modalità più idonee per raggiungere tali obiettivi sulla base delle diverse realtà nazionali. Ad un'uniformazione delle politiche si è preferita la scelta di un'armonizzazione, sia pure controllata, degli obiettivi da conseguire, accompagnata dalla presenza di misure di *enforcement* allocate a livello europeo per favorirne il raggiungimento<sup>32</sup>. La disciplina in parola definisce un quadro comune a livello

<sup>30</sup> G. L. CONTI, *La tirannia dell'ambiente*, da Academia, nel quadro di lezioni tenute presso l'Unipi.

<sup>31</sup> M. COCCONI, *Programmazione e regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile*, cit., pp. 139, ss. Osserva l'Autrice come in questa eccezione la sussidiarietà è concepita come criterio in forza del quale si può graduare l'intensità, la natura dell'azione e le scelte delle misure d'intervento da parte della Comunità.

<sup>32</sup> È sintomatico dell'ascesa a livello europeo della disciplina energetica dei principi contenuti nella Direttiva 2001/77/CE; la direttiva in parola esplicava la volontà di far ascendere una quota consistente della regolazione relativa alla politica energetica a livello europeo, data la dimensione transnazionale degli interessi che questa deve soddisfare sia sul fronte del contrasto del *climate change* sia su quello della sicurezza degli approvvigionamenti. «*L'intento emerge anche dalle disposizioni contenute nella Direttiva 2009/28/CE relativa*

comunitario, individua gli obiettivi nazionali obbligatori di produzione di energia da fonti rinnovabili, regola i progetti comuni fra gli Stati membri, impone una semplificazione dei regimi di autorizzazione nell'installazione delle FER e una conseguente semplificazione dell'accesso alle reti elettriche. La Direttiva 2009/28/CE si ispira ad un approccio integrato che «racchiude in un unico atto le regolamentazioni sulla promozione delle rinnovabili per la produzione di elettricità»<sup>33</sup>, attraverso l'assegnazione a ciascuno Stato membro di un obiettivo ben preciso. Il carattere di novità della direttiva in parola rispetto a quella del 2001 è rappresentato dall'obbligo dello Stato di produrre energie da fonti rinnovabili attraverso un regime giuridico non precettivo. Lo strumento attraverso il quale gli Stati raggiungono gli obiettivi della direttiva è rappresentato dal "Piano d'azione nazionale per le energie rinnovabili", previsto nell'art. 4, della precitata Direttiva 2009/28/CE<sup>34</sup>: si lascia invece

---

*ai procedimenti amministrativi preordinati al rilascio delle autorizzazioni, alle regolamentazioni e ai codici nazionali (art. 13) nonché all'accesso e al funzionamento delle reti, da cui è desumibile in modo chiaro la volontà del legislatore europeo di conformare anche l'azione legislativa e amministrativa nazionale in modo da evitare che ostacoli il raggiungimento degli obiettivi europei. Dalle comunicazioni della Commissione europea, inoltre, emerge con evidenza come la politica energetica europea sulle fonti rinnovabili debba procedere in modo da favorire (e non ostacolare) la costruzione di un mercato europeo integrato dell'energia, di cui queste sono destinate a rappresentare, nel futuro, un segmento essenziale dominante... L'integrazione progressiva delle fonti di energia rinnovabili nel mercato europeo e nella rete di distribuzione elettrica, unitamente ad una tendenziale riduzione o eliminazione degli incentivi pubblici destinati a favorirle, inoltre dovrebbe gradualmente rendere possibile, da parte di queste fonti, un loro contributo alla stabilità e alla sicurezza del sistema elettrico generale a parità di condizioni e di prezzi rispetto all'elettricità erogata dai generatori di energia convenzionale, la c.d. grid parity», v. M. COCCONI, *Programmazione e regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile*, cit., pp. 142, 143. Per conseguire tale progressiva integrazione delle fonti rinnovabili nel mercato europeo dell'energia, allo stato odierno lo sviluppo tecnologico del settore dovrà permettere il graduale allineamento a livello europeo, degli oneri economici nazionali legati agli incentivi affinché essi siano coerenti ai costi d'investimento e subiscano variazioni prevedibili per gli investitori in modo da tutelarne l'affidamento.*

<sup>33</sup> M. MARLETTA, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili*, cit., pp. 469, 470. Si tenga conto infatti che, il Considerando n. 15 della Direttiva 2009/28/CE «Le situazioni di partenza, le possibilità di sviluppo dell'energia da fonti rinnovabili e il mix energetico variano da uno Stato membro all'altro. Occorre pertanto tradurre l'obiettivo complessivo comunitario del 20% in obiettivi individuali per ogni Stato membro, procedendo ad un'allocazione giusta e adeguata che tenga conto della diversa situazione di partenza e delle possibilità degli Stati membri, ivi compreso il livello attuale dell'energia da fonti rinnovabili e il mix energetico. A questo scopo, occorre ripartire l'aumento totale richiesto dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili tra gli Stati membri sulla base di un aumento uguale della quota di ogni Stato membro ponderato in funzione del rispettivo PIL, modulato in modo da tenere conto della loro situazione di partenza, ed effettuando i calcoli in termini di consumo finale lordo di energia, tenuto conto dell'impegno precedentemente profuso dagli Stati membri in merito all'uso dell'energia da fonti rinnovabili».

<sup>34</sup> Direttiva 2009/28/CE, art. 4.1: «Ogni Stato membro adotta un piano di azione nazionale per le energie rinnovabili. I piani di azione nazionali per le energie rinnovabili fissano gli obiettivi nazionali degli Stati membri per la quota di energia da fonti rinnovabili consumata nel settore dei trasporti, dell'elettricità e del riscaldamento e raffreddamento nel 2020, tenendo conto degli effetti di altre misure politiche relative all'efficienza energetica sul consumo finale di energia, e le misure appropriate da adottare per raggiungere detti obiettivi nazionali generali, ivi compresi la cooperazione tra autorità locali, regionali e nazionali, i trasferimenti statistici o i progetti comuni pianificati, le politiche nazionali per lo sviluppo delle risorse della biomassa esistenti e per lo sfruttamento di nuove risorse della biomassa per usi diversi, nonché le misure da adottare per ottemperare alla prescrizioni di cui agli articoli da 13 a 19».

agli Stati membri la libertà di scelta in ordine al contributo che ciascun settore interessato intende fornire per il raggiungimento degli obiettivi nazionali.

A seguito dell'emanazione di un modello per i piani di azione assunti con Decisione della Commissione del 30.6.2009, n. 2009/548/CE, vengono delineate le procedure amministrative in merito alle singole zone di pianificazione territoriale. Tenuto conto del fatto che la situazione di partenza e soprattutto l'approntamento per lo sviluppo delle FER varia da Stato a Stato, si è proceduto all'attribuzione di quote nazionali rapportate alle diversità delle situazioni iniziali di ciascuno Stato membro: la Commissione si è basata sulla situazione economica di ogni Stato, ponderando l'obiettivo secondo il PIL e, in applicazione di questi criteri, all'Italia è stata attribuita la quota del 17%, come stabilito nell'art. 3 D.lgs. n. 28/2011. Si è ravvisato<sup>35</sup> che, il diverso grado di sviluppo delle energie rinnovabili in ciascuno Stato membro e la necessità di salvaguardare l'efficienza dei piani di azione nazionali, costituiscono la *ratio* di una normativa che, lungi da imporre regolazioni generali, si limita ad indicare un insieme di strumenti che andranno a comporre i diversi "Pacchetti" di misura adottati a livello nazionale. Il risultato è che ciascuno Stato membro potrà scegliere il grado di apertura del proprio mercato alle FER, preferendo meccanismi di cooperazione anche transfrontaliera rispetto a regimi di sostegno, applicabili esclusivamente sul piano interno.

## **6. La previsione di misure di sostegno per garantire la realizzazione delle FER e l'accesso alle reti.**

Al fine di raggiungere gli obiettivi previsti dall'Unione europea, emerge il tema degli aiuti di Stato alla produzione di energie da fonti rinnovabili o meglio, come prevede l'art. 4 della Direttiva 2001/77/CE, i "regimi di sostegno". Si è ritenuto che il ricorso a misure di sostegno risultassero necessarie, dato il carattere "innovativo" di tale produzione, a condizione tuttavia che ciò non determinasse un effetto restrittivo sugli scambi e contribuisse al perseguimento degli obiettivi ambientali. Interessante è l'osservazione fatta da una parte della dottrina che ascrive l'incentivazione delle FER nella realizzazione delle condizioni di uguaglianza sostanziale dei cittadini, dovendo il mercato essere regolato per garantire il carattere sociale. *«Si tratta, dunque, di mutare la prospettiva, assumendo come punto di riferimento non un concetto formale di uguaglianza, ma gli obiettivi della politica economica e sociale individuati dal legislatore, in funzione dei*

---

<sup>35</sup> T. M. MOSCHETTA, *I regimi nazionali di sostegno all'energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell'unione europea*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2/2015, p. 99.

quali vengono predisposti gli strumenti promozionali»<sup>36</sup>. Secondo quanto dispone la precitata direttiva, incombe sulla Commissione il compito di valutare i meccanismi utilizzati negli Stati membri per sostenere “direttamente o indirettamente” la produzione di elettricità, tenendo conto che i meccanismi di sostegno contribuiscono a realizzare gli obiettivi stabiliti dagli artt. 11 e 191 TFUE. «Non era dunque sembrato opportuno definire un quadro “comunitario” per i regimi di sostegno, data la limitata esperienza coi regimi interni e la percentuale relativamente bassa di elettricità prodotta da queste fonti beneficiarie di un sostegno di prezzi»<sup>37</sup>.

La direttiva 2009/28/CE, all’art. 2, lettera K, fornisce una nozione di regime di sostegno con un campo di applicazione molto ampio, comprensivo anche di strumenti applicati da uno Stato membro o da un gruppo di Stati membri, allo scopo di promuovere l’uso di tali energie. Questi strumenti possono determinare sia la riduzione sia l’aumento dei prezzi di vendita delle rinnovabili: ciò comprende ma non in via esclusiva, le sovvenzioni degli investimenti, le esenzioni o gli sgravi fiscali, le restituzioni d’imposta, i regimi di sostegno all’obbligo in materia di energie rinnovabili, compresi quelli che usano i certificati verdi e i regimi di sostegno diretto dei prezzi, ivi comprese le tariffe di riacquisto e le sovvenzioni<sup>38</sup>. Da questo punto di vista è emblematico che il c.d. “regime di sostegno” abbia come obiettivo quello di annullare le differenze di costo tra fonti tradizionali e fonti rinnovabili, proprio in virtù dei benefici non monetizzabili che si ottengono dall’utilizzo delle energie rinnovabili, «*ma rispetto ai quali il mercato fallisce quando si tratta di valorizzarli (esternalità negative)*. Le misure di sostegno pubblico hanno quindi due anime, ambientale ed

<sup>36</sup> Cfr. R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Sostenibilità ambientale, energie rinnovabili ed efficientamento*, in [www.AmbienteDiritto.it](http://www.AmbienteDiritto.it), 4/2019, p. 115. Più in generale tra i principi fondamentali dell’intervento dello Stato nell’economia si rinviene l’affermazione secondo cui lo Stato, mediante la rimozione di ogni ostacolo economico e sociale che limiti di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, deve promuovere l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori nell’organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, c. 2, Costituzione). In vista di tali obiettivi, quindi, lo Stato non può disinteressarsi alle vicende dell’economia, v. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pp. 42, ss.

<sup>37</sup> M. MARLETTA, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili*, cit., p. 473. «Solo a medio termine sarebbe stato tuttavia necessario adeguare i regimi interni di sostegno ai principi del mercato interno dell’elettricità in espansione».

<sup>38</sup> M. MARLETTA, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili*, cit., p. 473. Sul punto cfr. M. T. Moschetta, *I regimi nazionali di sostegno all’energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell’unione europea*, cit., p. 95, la quale osserva che lo strumento maggiormente utilizzato dagli Stati membri è stato il ricorso ai regimi di sostegno nazionale, almeno nella prima fase di attuazione della Direttiva e a ciò si deve il fatto che la maggior parte degli Stati membri abbia potuto rispettare le traiettorie di sviluppo al fine di raggiungere i singoli obiettivi nazionali. «Il vero banco di prova per valutare l’efficacia dei regimi di sostegno nazionali, infatti, sarà la traiettoria degli obiettivi da raggiungere negli anni a venire in considerazione del nuovo impulso impresso dal Consiglio europeo per lo sviluppo delle energie rinnovabili nel decennio 2020/2030». V. R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Sostenibilità ambientale, energie rinnovabili ed efficientamento*, cit., p. 114, «... L’obiettivo è ambizioso perché al fine di garantire anche un equilibrio del sistema in senso socio economico, risulta difficile trovare soluzioni d’integrazione delle energie rinnovabili all’interno di una logica di mercato...».

*economiche tra loro interconnesse e inscindibili*»<sup>39</sup>. Il principale obiettivo del controllo degli aiuti di Stato, in materia di tutela ambientale, è quello di garantire che questi aiuti producano un livello di tutela più elevato di quanto si possa garantire in assenza di tali aiuti ed inoltre che gli effetti positivi siano superiori agli effetti negativi. L'incentivazione di tali aiuti è desumibile da un'analisi controfattuale che mette a confronto i livelli delle attività previste in caso di aiuti rispetto a quelle in assenza di tali misure. Questo criterio è essenziale anche per il calcolo degli investimenti aggiuntivi e dei sovra costi di produzione sostenuti per il raggiungimento di un livello maggiore di tutela ambientale. L'aiuto deve considerarsi proporzionato lì dove non sarebbe garantito l'ottenimento degli stessi risultati con un aiuto di entità minore o in mancanza dello stesso: pertanto il principio di proporzionalità influenza il grado di selettività della misura utilizzata<sup>40</sup>.

Il vero è che i meccanismi del mercato non possono *ex se* garantire il raggiungimento di fondamentali interessi generali, quali la sostenibilità ambientale e la sicurezza nell'approvvigionamento attraverso la riduzione dell'energia non tradizionale: tali interessi generali diventano quindi l'obiettivo dell'incentivazione ossia i fini cui è diretta a sua volta l'attività economica e il cui svolgimento è promosso attraverso l'erogazione degli stessi<sup>41</sup>. Tuttavia, l'assenza di una disciplina uniforme dei regimi di sostegno non deve far ipotizzare che questo settore resti fuori dalle regole sulla concorrenza/aiuti di Stato: il regime degli aiuti per la produzione delle rinnovabili rientra infatti in quest'ambito venendo regolati, oggi, nella Comunicazione della Commissione *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020 (2014/C 200/01)*<sup>42</sup>, secondo un indirizzo già

<sup>39</sup> V. R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Sostenibilità ambientale, energie rinnovabili ed efficientamento*, cit., p. 114.

<sup>40</sup> M. MARLETTA, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili*, cit., nota n. 18.

<sup>41</sup> R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Sostenibilità ambientale, energie rinnovabili ed efficientamento*, cit., pp. 113, 114 «In questo contesto un ruolo strategico è svolto dalle energie rinnovabili cioè tutte quelle forme di energie generate da fonti il cui utilizzo non pregiudica le risorse naturali o che per loro caratteristica intrinseca si rigenerano o non sono "esauribili"».

<sup>42</sup> E' interessante osservare come, nella parte introduttiva, ai punti 8 e 9, si legge testualmente: «... (8) La comunicazione «Energia 2020 – Una strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura» (8), in quanto parte dell'iniziativa faro "Un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse" ha già concluso che gli obiettivi di un mercato dell'energia caratterizzato da sicurezza di approvvigionamento, prezzi accessibili e sostenibilità saranno compromessi se non si procederà all'ammodernamento delle reti elettriche, se gli impianti obsoleti non saranno sostituiti da nuovi impianti competitivi e più puliti e se l'energia non sarà utilizzata in modo più efficiente lungo l'intera filiera energetica. (9) Il quadro politico per il 2030 invoca un impegno ambizioso per una riduzione delle emissioni di gas a effetto serra in linea con la tabella di marcia per il 2050. L'obiettivo dovrebbe essere perseguito con un approccio improntato all'efficienza dei costi, che sia sufficientemente flessibile da consentire agli Stati membri di definire una transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio commisurata alle loro circostanze specifiche e che incentivi le politiche di ricerca e innovazione a sostegno del quadro per le politiche dell'energia e del clima per il post-2020. La presente disciplina si attiene a tali principi e spiana la strada al quadro politico per il 2030». Al punto 11 così si legge: «(11) Nella comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato (9) la Commissione ha annunciato tre obiettivi da perseguire ricorrendo alla modernizzazione del controllo sugli aiuti di Stato: a) promuovere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva in un mercato interno competitivo; b) concentrare il controllo ex ante della

precedentemente confermato dal *Vademecum* della Commissione Norme comunitarie applicabili agli aiuti di Stato, del 30 settembre 2008, ove si legge che gli aiuti di Stato «... possono risultare giustificati se il costo della produzione di energie rinnovabili è superiore al costo della produzione tramite fonti meno rispettose dell'ambiente e se le imprese non devono osservare norme comunitarie obbligatorie relative alla quota di energie da fonti rinnovabili».

Stante il fatto che generalmente il costo della produzione di taluni tipi di FER sia più alto rispetto a quelle tradizionali ciò non permetterebbe alle imprese di praticare prezzi competitivi sul mercato venendo, il costo delle stesse, a costituire un ostacolo che impedirebbe loro di accedere al mercato e nel mercato. La Commissione europea ha infatti rilevato come il bilancio tra energia tradizionale ed energia rinnovabile, debba essere commisurato alla portata non particolarmente ambiziosa degli obiettivi intermedi finora perseguiti bensì a risultato finale; il vero banco di prova per valutare l'efficacia dei regimi di sostegno nazionale sarà la traiettoria degli obiettivi da raggiungere negli anni a venire, in considerazione del nuovo impulso impresso dal Consiglio europeo per lo sviluppo di tali energie nel decennio 2020/2030<sup>43</sup>.

Un aspetto che merita una qualche riflessione attiene all'impatto delle FER sulla creazione e il funzionamento del mercato interno dell'energia. L'applicazione di tali forme di aiuti rischia, in apparenza, di minare gli stessi principi posti a base del mercato unico, creando barriere alla libera circolazione e alterando le condizioni concorrenziali a livello transfrontaliero. In particolare, questa eventualità si presenta nell'ipotesi in cui, le legislazioni degli Stati membri, circoscrivano l'applicazione delle misure di sostegno esclusivamente all'energia rinnovabile prodotta nei rispettivi territori. Onde evitare il fenomeno in esame, merita di essere richiamato il nuovo «... orientamento della Commissione europea [che] mira a integrare le energie rinnovabili nel mercato comune, mediante regimi di sostegno che correggano i fallimenti del mercato, garantiscano l'efficienza dei costi ed evitino la sovra compensazione e le distorsioni della concorrenza conformemente alla disciplina in materia di aiuti di Stato»<sup>44</sup>. Lo strumento fondamentale volto a legittimare le misure di sostegno, sembra essere il superamento della portata nazionale delle stesse attraverso la progressiva "europeizzazione" degli

---

*Commissione sui casi con il maggiore impatto sul mercato interno, rafforzando nel contempo la cooperazione tra gli Stati membri in materia di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato; c) razionalizzare le norme e accelerare i tempi di decisione».*

<sup>43</sup> Gli obiettivi per il 2030 espressi dal Consiglio europeo nell'ottobre del 2014, comprendono la riduzione di almeno il 40% delle emissioni interne di gas a effetto serra, una quota delle energie rinnovabili del consumo energetico a livello europeo di almeno il 27% e il miglioramento dell'efficienza energetica per almeno il 27%. La Commissione europea ha sottolineato come, il raggiungimento di tali obiettivi, richieda di portare le quote delle energie rinnovabili al 50% dell'energia elettrica (v. Comunicazione della Commissione "Avvio del processo di consultazione pubblica su nuovo assetto del mercato dell'energia, COM (2015) 350 Final, del 15.07.2015").

<sup>44</sup> T. M. MOSCHETTA, *I regimi nazionali di sostegno all'energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell'unione europea*, cit., p. 97.

aiuti ovvero un sostanziale coordinamento delle legislazioni nazionali; ciò permetterebbe di ricomporre la frammentazione del mercato bilanciando l'interesse particolare al conseguimento dei singoli obiettivi di sviluppo a livello nazionale con l'interesse comune alla creazione di un mercato concorrenziale a livello transnazionale<sup>45</sup>.

La Corte di Giustizia ha finora adottato un approccio flessibile, considerando le misure di sostegno compatibili ai principi del mercato comune della libera concorrenza, in considerazione degli obiettivi perseguiti inerenti la tutela ambientale e il rispetto degli obblighi internazionali assunti dall'Europa<sup>46</sup>, fermo restando la necessità di mantenere la coerenza della politica energetica dell'Unione che deve trovare realizzazione in un quadro di funzionamento del mercato interno per preservare e migliorare l'ambiente.

La Commissione europea, nella consultazione recentemente avviata in merito al nuovo assetto del mercato interno ha rilevato come un mercato dell'energia realmente funzionante non possa prescindere dalla libera circolazione dell'energia elettrica e dalla valorizzazione della concorrenza transfrontaliera tra gli operatori economici ed è tale aspetto che rappresenta il perno dell'intera politica comunitaria in materia di energia. In questo quadro, accanto al problema del regime di sostegno,

---

<sup>45</sup> La Commissione europea, nella vigenza della direttiva 2009/28/CE, ha cautamente evitato di intraprendere la strada dell'armonizzazione dei regimi di sostegno nazionali attraverso una proposta di direttiva che modifichi il quadro normativo disegnato nella direttiva (2015).

<sup>46</sup> Sulla compatibilità coi principi del mercato comune dei regimi di sostegno alle rinnovabili, la Corte di Giustizia ha variamente modificato il proprio approccio, mostrando una certa propensione a far rientrare le misure di sostegno nella disciplina degli aiuti di Stato. Nella sentenza Corte di Giustizia, 13 marzo 2001, causa C-379/98, *Preussen Elektra*, l'organo giurisdizionale nella sua prima pronuncia, pur riconoscendo che la previsione di un obbligo di acquisto a prezzi minimi di energia prodotta da fonti rinnovabili costituisca un vantaggio per i produttori di tale tipo di energia, ha ritenuto che le misure contemplate dalla legislazione nazionale contestata, non rientrassero nella definizione di aiuti di Stato ai fini della disciplina comunitaria in materia di concorrenza. In particolare, la Corte ha tenuto a precisare che la previsione legislativa di tale obbligo non costituisca di per sé una circostanza idonea ad attribuire a tale misura il carattere di aiuto di Stato vietato ai sensi dell'art. 92 CE, oggi art. 107 TFUE. Il ragionamento della Corte si è basato sulla constatazione che le misure esaminate non determinavano alcun trasferimento diretto o indiretto di risorse statali alle imprese produttrici di fonti di energia rinnovabile poiché le imprese acquirenti erano vincolate a un obbligo di acquisto mediante risorse proprie, che non erano rimosse né gestite da alcun ente pubblico. Diversa è l'impostazione della Corte di Giustizia nella sentenza, 17 luglio 2008, causa C-206/06, *Essent Netwerk Noord*, in cui la Corte per la prima volta ha compiuto un'analisi di tutti gli elementi costitutivi degli aiuti di Stato e ha valutato come anche questi aiuti fossero in grado di alterare gli scambi fra gli Stati membri. La sentenza è venuta a collocare la questione nel quadro del processo di creazione del mercato comune dell'energia sottolineando come la creazione di condizioni concorrenziali di mercato non possa tollerare interventi selettivi a favore di determinate imprese, salvo che taluni interventi mirino a compensare gli oneri del servizio pubblico gravanti sulle imprese in questione. Un successivo sviluppo giurisprudenziale si rinviene nella sentenza 19 dicembre 2013, causa C-262/12, *Vent du Colère*, in cui la Corte di Giustizia si è pronunciata esclusivamente di definire la forma contestata come forma di intervento statale. La Corte ha rilevato come la sola previsione legislativa del meccanismo di compensazione, oggetto del procedimento principale, lo rendesse configurabile come un intervento statale. La condizione di trasferimento di risorse statali è stata poi accertata in base all'esistenza di un ente pubblico designato alla raccolta e gestione dei contributi gravanti sui consumatori, il cui ammontare era determinato annualmente dal Ministro competente per materia.

nasce il problema dell'accesso alle reti ovvero l'immissione di energia elettrica da fonti rinnovabili nelle reti di trasmissione e distribuzione dell'elettricità tradizionale<sup>47</sup>. Il punto fondamentale afferisce agli obblighi dei gestori delle reti nei confronti dei produttori di elettricità prodotta dalle FER: si tratta di obblighi necessariamente puntuali in quanto tendenti a coniugare il principio dell'accesso prioritario e comunque garantito, a favore degli impianti produttivi di elettricità pulita con le esigenze di non compromettere il funzionamento elettrico nazionale *rectius*: comunitario. Per questa via si muovono tre direttive, in particolare meritano di essere menzionati gli artt. 15 e 25 della direttiva 2009/72, che impongono rispettivamente al gestore della trasmissione nonché a quello della distribuzione, di dare precedenza agli impianti di generazione delle fonti energetiche pulite o dei rifiuti rinnovabili, ovvero che assicurino la produzione mista di calore ed energia elettrica<sup>48</sup>. Come si è detto in precedenza, l'adempimento degli obblighi di quota può realizzarsi anche attraverso l'acquisto di certificati verdi – documenti rilasciati dal produttore per ogni mega wattora di energia generata da fonti rinnovabili – che possono essere scambiati sul mercato a un prezzo determinato. La Commissione ha rilevato che, così operando, tali strumenti permetterebbero il raggiungimento degli obiettivi di produzione e consumo per le fonti di energia rinnovabili nella cornice dei meccanismi di mercato che garantiscono una certa efficienza, pur offrendo meno certezza dei rendimenti per gli investitori.

## **7. Il riconoscimento dell'interdipendenza funzionale tra la produzione di energia rinnovabile e "area agricola": il problema delle allocazioni delle FER.**

Fatte tali premesse di carattere generale sulla normativa comunitaria in materia di fonti rinnovabili, occorre valutare il modo di applicazione dei principi comunitari in Italia in merito al problematico rapporto fra fonti di energie rinnovabili e zone

---

<sup>47</sup> La relativa disciplina, contenuta nella direttiva del 2001, è stata interamente ripresa con talune integrazioni nella direttiva del 2009.

<sup>48</sup> La prassi applicativa degli Stati membri mostra una certa propensione all'uso di regime di sostegno dei prezzi nella tipologia di Feed in Tariff (FiT) e Feed in Premium (FiP): il FiT consiste nella conclusione di contratti a lungo termine che garantiscano ai produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili, l'immissione in rete a tariffa prestabilita premiante rispetto al prezzo dell'energia che si forma sul mercato. Questa tipologia contrattuale produce un effetto incentivante poiché è di tutta evidenza che vengono in tal modo ridotti al minimo i rischi dell'investimento, tuttavia è stato messo in evidenza come il limite di detto sistema è individuabile nel fatto di non stimolare la concorrenza. Per il FiP il premio è corrisposto ai produttori di energia per ogni mega wattora generato e si somma al prezzo dell'energia che si forma sul mercato. La Commissione ha recentemente posto in luce la necessità di una completa sostituzione del sistema FiT con sistemi FiP, ciò in quanto questi ultimi stimolano maggiormente l'efficienza del mercato obbligando i produttori di energie rinnovabili a trovare un venditore per la loro produzione facendo sì che il mercato raggiunga gli operatori attraverso diversi gradi di esposizione del rischio.

agricole. Il cardine su cui ruota il tema è quello derivante dall'uso di una zona, quella agricola, per definizione destinata alla coltivazione di prodotti agrari, ma ormai interessata da tutta una serie di attività di produzione di beni e servizi, compresa la produzione di energia rinnovabile, come detto in apertura della presente riflessione. Certo è che, al di là delle normative comunitarie emanate e che verranno via via richiamate, la realizzazione di un impianto fotovoltaico a terra, di un impianto da biomassa o di un impianto eolico, trova conseguenze intrusive nel territorio e nel paesaggio agricolo; conseguenze che portano a sottrarre non solo spazi utili alla coltivazione ma pongono innegabili problemi in merito agli effetti negativi attinenti alla difesa del suolo, agli assetti idrogeologici, alla sicurezza del territorio, allo smaltimento dell'impianto stesso, senza considerare l'incidenza negativa su tutte le attività connesse quali l'agriturismo, l'organizzazione di attività ricreative, culturali, didattiche e le pratiche sportive, volte anch'esse per connessione alla valorizzazione del territorio rurale. Non tener conto del processo evolutivo in senso multifunzionale dell'agricoltura e/o dell'impresa agricola, non solo sarebbe anacronistico ma verrebbe a contrapporsi all'impostazione data al valore ambientale nel settore agricolo dall'attuale PAC<sup>49</sup>. Basti far riferimento al *Rapporto dell'Agenzia europea dell'ambiente su agricoltura e cambiamenti climatici*, lì dove si legge che «...l'agricoltura ha un forte impatto sull'ambiente e sul clima; inoltre il cambiamento climatico influisce (e continuerà a farlo) sulla qualità delle produzioni alimentari e della sua localizzazione. Chi produce cosa e dove è una questione socio-politica probabilmente destinata a diventare un terreno controverso in futuro. ... Questo complesso problema richiede l'adozione di politiche coerenti integrate per affrontare i temi del cambiamento climatico, dell'energia e della sicurezza alimentare».

Ancora una volta è l'Unione europea ad assumere il ruolo di propulsore dell'energia pulita anche nelle zone agricole talché, su tale versante, occorre richiamare il Regolamento n. 1305/2013 in materia di "Sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo" ove, al "Considerando" n. 18, si statuisce l'importanza delle PMI nell'ottica del potenziamento dell'energia verde in agricoltura. Nella normativa sopra richiamata si sottolinea come, lo sviluppo delle aziende agricole e delle imprese *extra* agricole dovrebbe essere finalizzato alla «*promozione dell'occupazione e alla creazione di posti di lavoro nelle zone rurali, al mantenimento dei lavori esistenti, alla riduzione delle fluttuazioni stagionali dell'occupazione allo sviluppo dei comparti extra agricoli e dell'industria di trasformazione agroalimentare*». Per quel che rileva nel presente elaborato occorre sottolineare come nella normativa si sostiene con forza l'investimento sulle energie rinnovabili nelle zone agricole. All'art. 5.5, lett.

---

<sup>49</sup> La Commissione europea, infatti, riconosce la necessità di una transazione verso un'agricoltura che utilizzi impianti di energie rinnovabili, come si desume dalla PAC post 2020 che prevede di facilitare e incoraggiare la cura dell'ambiente nelle pratiche agricole, rurali e della bio-economia, anche attraverso la produzione di impianti di energie rinnovabili.

d), si legge che l'Unione si pone come obiettivo quello di rendere più efficiente l'uso delle energie nell'agricoltura e nell'industria alimentare utilizzando le FER; in questa prospettiva si prevede che verranno rimborsati gli investimenti finalizzati alla creazione e al miglioramento di ogni tipo di infrastruttura, compresi gli investimenti necessari per le rinnovabili e per il risparmio energetico<sup>50</sup>. Questa impostazione peraltro, appare ancora più accentuata nella Proposta della Commissione europea, relativa al nuovo quadro finanziario pluriennale (QFP) per il periodo 2021/2027 [COM (2018) 322], presentata il 2 maggio 2018, dove vengono delineati i principali orientamenti per la politica agricola comune PAC; facendo seguito alla suddetta proposta, il 1 giugno 2018, la Commissione europea ha presentato un pacchetto di regolamenti che costituiscono il quadro legislativo della PAC per il periodo 2021/2027<sup>51</sup>.

Tutto ciò premesso, senza pretese di approfondimenti ma al solo fine di richiamare i punti di snodo comunitari in materia, occorre osservare che una parte della dottrina sostiene che la disciplina comunitaria non preveda alcun limite circa l'allocazione di detti impianti. In verità questa interpretazione non tiene conto del fatto che le direttive comunitarie non impongono precise norme di condotta ma piuttosto principi generali e obiettivi comuni per gli Stati membri: saranno poi questi ultimi a stabilire la compatibilità e l'allocazione degli impianti sul proprio territorio. A ben

---

<sup>50</sup> Regolamento UE, n. 1305/2013, art. 20, «*Servizi di base e rinnovamento dei villaggi nelle zone rurali 1. Il sostegno nell'ambito della presente misura riguarda in particolare: a) la stesura e l'aggiornamento di piani di sviluppo dei comuni e dei villaggi situati nelle zone rurali e dei servizi comunali di base, nonché di piani di tutela e di gestione dei siti Natura 2000 e di altre zone ad alto valore naturalistico; b) investimenti finalizzati alla creazione, al miglioramento o all'espansione di ogni tipo di infrastrutture su piccola scala, compresi gli investimenti nelle energie rinnovabili e nel risparmio energetico; c) l'installazione, il miglioramento e l'espansione di infrastrutture a banda larga e di infrastrutture passive per la banda larga, nonché la fornitura di accesso alla banda larga e ai servizi di pubblica amministrazione online; d) investimenti finalizzati all'introduzione, al miglioramento o all'espansione di servizi di base a livello locale per la popolazione rurale, comprese le attività culturali e ricreative, e della relativa infrastruttura; L 347/508 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 20.12.2013 IT e) investimenti di fruizione pubblica in infrastrutture ricreative, informazioni turistiche e infrastrutture turistiche su piccola scala; f) studi e investimenti relativi alla manutenzione, al restauro e alla riqualificazione del patrimonio culturale e naturale dei villaggi, del paesaggio rurale e dei siti ad alto valore naturalistico, compresi gli aspetti socioeconomici di tali attività, nonché azioni di sensibilizzazione in materia di ambiente; g) investimenti finalizzati alla rilocalizzazione di attività e alla riconversione di fabbricati o altri impianti situati all'interno o nelle vicinanze di centri rurali, al fine di migliorare la qualità della vita o i parametri ambientali del territorio interessato. 2. Il sostegno nell'ambito della presente misura riguarda esclusivamente infrastrutture su piccola scala, quali definite dagli Stati membri nei rispettivi programmi. Tuttavia, i programmi di sviluppo rurale possono prevedere specifiche eccezioni a questa regola per gli investimenti nella banda larga e nelle energie rinnovabili. In tal caso saranno stabiliti precisi criteri a garanzia della complementarità con il sostegno fornito da altri strumenti dell'Unione. 3. Gli investimenti di cui al paragrafo 1 sono sovvenzionabili se gli interventi a cui si riferiscono vengono realizzati sulla base di piani di sviluppo dei comuni e dei villaggi situati nelle zone rurali e dei servizi comunali di base, ove tali piani esistano, e sono conformi alle pertinenti strategie di sviluppo locale».*

<sup>51</sup> Tra le iniziative vi è la proposta di un regolamento di cui alla COM (2018) 392, recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (Piani strategici PAC) e finanziati dal FFAGA e dal FEASR che abroga i regolamenti UE n. 1305/2013 e n. 1307/2013.

vedere, soprattutto nella Direttiva n. 77/2001, l'Unione fissa per i singoli Stati membri, come si diceva in apertura del presente elaborato, gli obiettivi di consumo di elettricità derivanti da fonti rinnovabili, prevedendo i regimi di sostegno, sollecitando la semplificazione amministrativa in ordine alle procedure autorizzative degli impianti «... attraverso l'obiettivo di ridurre gli ostacoli normativi e di altro tipo all'aumento della produzione di elettricità da fonti rinnovabili; razionalizzare e accelerare le procedure dell'opportuno livello amministrativo – garantire che le norme siano oggettive e trasparenti». Tali principi sono rinvenibili nell'art. 6, Direttiva n. 77/2001 e nell'art. 13, Direttiva n. 88/2001, il che conferma che la normativa comunitaria si limita a dettare dei principi di carattere generale lasciando buona parte dell'applicazione degli stessi agli Stati membri.

## **8. La regolamentazione italiana a seguito della normativa europea: il ruolo delle regioni.**

Il primo intervento del legislatore nazionale volto a favorire il ricorso all'energia rinnovabile per i motivi e con la *ratio* propria dei provvedimenti europei, è rappresentato dalla legge del 9 gennaio 1991, n. 10, dal titolo "Norme per l'attuazione del piano energetico nazionale in materia di uso razionale dell'energia, di risparmio energetico e lo sviluppo delle fonti rinnovabili di energia" che sancisce all'art. 1, l'obiettivo «... di migliorare i processi di trasformazione, di ridurre i consumi di energia e di migliorare le condizioni di compatibilità ambientale dell'utilizzo dell'energia a parità di servizio reso e di qualità della vita»<sup>52</sup>. A questa disciplina seguirà, come è noto, una serie di normative che verranno a comporre il quadro della regolamentazione in tema di energie rinnovabili. La trasposizione della disciplina comunitaria a livello nazionale ha trovato un primo scoglio nel fatto che, nel nostro Paese, mancava una definizione normativa di "impresa agricola energetica": occorre far riferimento alla legge finanziaria del 2006 (Legge 23 dicembre 2005 n. 266) dove, in un quadro peraltro molto articolato, emergevano talune categorie di produzione di energia all'interno dell'azienda agricola quali le biomasse, i pannelli fotovoltaici, i biocarburanti, i biopolimeri e i bio olistici ottenuti da vegetali provenienti dal fondo. L'art. 2 *quater*, D.L. 10 gennaio 2006, n. 2, convertito in L. n. 81/2006, inquadra nel concetto di

---

<sup>52</sup> R. ALBANO, *L'attuazione delle leggi energetiche n. 9 e 10 del 1991 ad un anno dalla loro emanazione: provvedimenti applicativi emanati e provvedimenti mancanti*, in *Rass. Giur. en. El.*, 1992, pp. 877, ss. Da notarsi che già precedentemente, ancora in regime di riserva, per l'ENEL si era stabilito nell'art. 22, L. n. 9/1990, «...che la produzione di energia elettrica a mezzo di impianti che utilizzano fonti di energia considerate rinnovabili o assimilate ... non è soggetta alla riserva disposta a favore dell'ENEL»; v. F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, cit., nota n. 15. Sullo stesso tenore della legge n. 10/1991, sotto il profilo dell'incentivazione dell'energia da fonti rinnovabili, occorre menzionare il D. lgs, 16 marzo 1999, n. 79, che disciplina le modalità di rilascio e la contrattazione dei c.d. "Certificati verdi".

agricolo anche l'attività di produzione e di cessione di energia derivante da fonti rinnovabili agroforestali e fotovoltaici<sup>53</sup>. È evidente, anche sotto questo profilo, il vincolo d'interdipendenza funzionale tra la produzione di energia rinnovabile e l'attività del fondo agricolo. Il vero è che non si può ormai considerare l'azienda agricola o più in generale l'area agricola come impermeabile rispetto ad altre attività giacché, questa impostazione, porterebbe a disconoscere quanto storicamente accaduto proprio sia nelle prime che nelle seconde.

Nelle Linee guide statali del 2010 (D.M. Ministero sviluppo economico del 10.9.2010)<sup>54</sup> si riconosce il potere in materia a favore delle regioni, le quali sono chiamate a individuare i limiti dell'allocazione degli impianti energetici in termini di compromesso coi relativi interessi agricoli. In esse, fin dalle prime disposizioni generali (vedi art. 1, c. 2, del D.M. sopra richiamato) si stabilisce che «*le sole Regioni possono porre limitazioni e divieti...*» all'installazione d'impianti alimentati da fonti rinnovabili. Il riconoscimento delle competenze regionali, scelta tutta italiana, si fonda essenzialmente sul fatto che la disciplina sulle fonti rinnovabili è riconducibile alla materia concorrente «*produzione, trasporto, distribuzione nazionale dell'energia*», ex art. 117, c. 3, della Costituzione<sup>55</sup>. Tuttavia, in quanto approvate in Conferenza unificata, alle Linee guida<sup>56</sup> va attribuito il valore di "intesa" fra lo Stato e il sistema delle autonomie regionali su materia e compiti di interesse comune, secondo quanto previsto dall'art. 9, D. lgs. 28 agosto 1997, n. 281. Come sottolinea Durante<sup>57</sup>, nella gerarchia delle fonti esse si collocano a livello inferiore rispetto ai principi

<sup>53</sup> Corte di Giustizia UE, Sez. V, 17 ottobre 2019, in causa C-31/18, nota sentenza di A. BARDI, *Considerazioni sul mercato dell'energia fotovoltaica nel comparto agro-energetico alla luce della sentenza della Corte di giustizia europea in causa C-31/18 del 17 ottobre 2019 e della nuova direttiva 2019/944/UE sul mercato dell'energia elettrica*, in Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente, 2/2020, [www.rivistadga.it](http://www.rivistadga.it).

<sup>54</sup> È necessario osservare che tali Linee guida vengono a colmare un ritardo che aveva determinato un blocco delle competenze regionali in materia. Infatti, a più riprese la Corte costituzionale aveva affermato che l'indicazione da parte delle regioni dei luoghi dove non era possibile costruire gli impianti di energia rinnovabili, sarebbe potuto avvenire solo a seguito di approvazione di Linee guida nazionali. D.lgs., 29 dicembre 2003, n. 387, di attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili e, in particolare l'art. 12, concernente la razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative, così come modificato dall'art. 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, ove al comma 10 si prevede l'approvazione in Conferenza unificata, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro per i beni e le attività culturali, la redazione di Linee guida per lo svolgimento del procedimento di autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili ed in particolare per assicurare un corretto inserimento degli impianti nel paesaggio, con specifico riguardo agli impianti eolici.

<sup>55</sup> S. VILLAMENA, *Fonti rinnovabili e zone agricole (Ovvero della destinazione del suolo agricolo per la produzione di energia)*, cit., p. 158.

<sup>56</sup> Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Decreto 30 marzo 2015, Linee guida per la verifica di assoggettabilità a valutazione di impatto ambientale dei progetti di competenza delle regioni e province autonome, previsto dall'articolo 15 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116. (15A02720)(GU n. 84, 11 aprile 2015).

<sup>57</sup> N. DURANTE, *La non idoneità delle aree e dei siti all'installazione di impianti di produzione di energia alternativa*, in Riv. giurd. Ed., 5/2011, p. 232. Cfr. G. MANFREDI, *I limiti all'insediamento nelle aree agricole degli impianti di produzione di energie da fonti rinnovabili*, cit.

fondamentali della materia che, nell'ipotesi di legislazione concorrente, l'art. 117, c. 3, ultimo periodo, rimette alla «legislazione dello Stato» e, pertanto, nella fattispecie alle norme del D. lgs. 29 dicembre 2003, n. 387<sup>58</sup>. C'è da osservare però che così esse

<sup>58</sup> Decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE. (11G0067). «Art. 5 Autorizzazione Unica 1. Fatto salvo quanto previsto dagli articoli 6 e 7, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti, nonché le modifiche sostanziali degli impianti stessi, sono soggetti all'autorizzazione unica di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 come modificato dal presente articolo, secondo le modalità procedurali e le condizioni previste dallo stesso decreto legislativo n. 387 del 2003 e dalle linee guida adottate ai sensi del comma 10 del medesimo articolo 12, nonché dalle relative disposizioni delle Regioni delle Province autonome. 2. All'articolo 12, comma 4, del decreto legislativo n. 387 del 2003, l'ultimo periodo è sostituito dal seguente: «Fatto salvo il previo espletamento, qualora prevista, della verifica di assoggettabilità sul progetto preliminare, di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, il termine massimo per la conclusione del procedimento unico non può essere superiore a novanta giorni, al netto dei tempi previsti dall'articolo 26 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, per il provvedimento di valutazione di impatto ambientale». 3. Con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa intesa con la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono individuati, per ciascuna tipologia di impianto e di fonte, gli interventi di modifica sostanziale degli impianti da assoggettare ad autorizzazione unica, fermo restando il rinnovo dell'autorizzazione unica in caso di modifiche qualificate come sostanziali ai sensi del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. Fino all'emanazione del decreto di cui al periodo precedente non sono considerati sostanziali e sono sottoposti alla disciplina di cui all'articolo 6 gli interventi da realizzare sugli impianti fotovoltaici, idroelettrici ed eolici esistenti, a prescindere dalla potenza nominale, che non comportano variazioni delle dimensioni fisiche degli apparecchi, della volumetria delle strutture e dell'area destinata ad ospitare gli impianti stessi, né delle opere connesse. Restano ferme, laddove previste, le procedure di verifica di assoggettabilità e valutazione di impatto ambientale di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. Per gli impianti a biomassa, bioliquidi e biogas non sono considerati sostanziali i rifacimenti parziali e quelli totali che non modificano la potenza termica installata e il combustibile rinnovabile utilizzato. 4. Qualora il procedimento di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 sia delegato alle Province, queste ultime trasmettono alle Regioni, secondo modalità stabilite dalle stesse, le informazioni e i dati sulle autorizzazioni rilasciate. 5. Le disposizioni di cui al comma 4 dell'articolo 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 come modificato dal comma 2 del presente articolo, si applicano ai procedimenti avviati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto». La normativa in questione modifica la precedente disciplina contenuta nel D. lgs. 387 del 29.12.2003, ove al punto 3 si legge testualmente: «Obiettivi indicativi nazionali e misure di promozione. 1. Le principali misure nazionali per promuovere l'aumento del consumo di elettricità da fonti rinnovabili, in quantità proporzionata agli obiettivi di cui alle relazioni predisposte dal Ministro delle attività produttive di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2001/77/CE, sono costituite dalle disposizioni del presente decreto, dal decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e successivi provvedimenti attuativi, nonché dai provvedimenti assunti al fine dell'attuazione della legge 1° giugno 2002, n. 120. L'aggiornamento include una valutazione dei costi e dei benefici connessi al raggiungimento degli obiettivi indicativi nazionali e all'attuazione delle specifiche misure di sostegno. L'aggiornamento include altresì la valutazione quantitativa dell'evoluzione dell'entità degli incentivi alle fonti assimilate alle fonti rinnovabili, di cui all'articolo 22 della legge 9 gennaio 1991, n. 9. Dall'applicazione del presente comma non derivano maggiori oneri per lo Stato. 2. Il Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, sentita la Conferenza unificata, aggiorna le relazioni di cui all'articolo 3, paragrafo 2 della direttiva 2001/77/CE tenuto conto delle relazioni di cui al comma 4. 3. Per la prima volta entro il 30 giugno 2005, e successivamente ogni due anni, il Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti gli altri Ministri interessati e la Conferenza unificata, sulla base dei dati forniti dal Gestore della rete e dei lavori dell'Osservatorio di cui all'articolo 16, trasmette al Parlamento e alla Conferenza unificata una relazione che contiene: a) un'analisi del raggiungimento degli obiettivi indicativi nazionali, di cui alle relazioni

verrebbero a rappresentare disposizioni interposte tra norme statali di principio e la legislazione regionale che verrebbe ad assumere il ruolo di legge di dettaglio, questo, che porterebbe a violare sostanzialmente l'art. 117, c. 3, della Costituzione trattandosi di competenze concorrenti attribuite alle regioni. Sembra più convincente l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale (n. 166/2009) che ha ritenuto che la disposizione contenuta nel comma 10 del D. lgs 387/2003, «non consente alle regioni proprio in considerazione del preminente interesse di tutela ambientale perseguito dalla disposizione statale, di provvedere autonomamente all'individuazione di un corretto inserimento nel paesaggio degli impianti alimentati da fonti di energia», prima dell'emanazione delle Linee guida.

La legittimità costituzionale di attribuire alle regioni secondo le Linee guida il potere di allocare gli impianti trova conferma nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 307/2013 - nonché nella precedente sentenza n. 308/2011- in merito alla legge Regione Molise<sup>59</sup>, ove la Corte ha dichiarato al punto 3.2 «Questa Corte ha già avuto modo di affermare che il legislatore statale, nel dettare tale disciplina, [Linee guida] ha inteso “trovare modalità di equilibrio” tra competenza esclusiva statale in materia di ambiente e paesaggio e quella concorrente in materia di energie (sentenza n. 275 del 2011). Si è inoltre precisato che “il bilanciamento tra le esigenze connesse alla produzione di energia e gli interessi ambientali impone una preventiva ponderazione concertata in ossequio del principio di leale cooperazione” (sentenza n. 192/2011) ... Le disposizioni censurate prevedono ... un divieto arbitrario e generalizzato e indiscriminato di zonizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili». La Corte, oltre che legittimare la posizione delle Linee guida e il relativo potere regionale quant'anche in materia concorrente, nella sentenza in parola censura le modalità di svolgimento del procedimento che porta al diniego dell'installazione in qualsiasi luogo di qualsiasi impianto produttivo di energie alternative, ed è questo un secondo punto di tensione

---

*richiamate al comma 1, negli anni precedenti, che indica, in particolare, i fattori climatici che potrebbero condizionare tale raggiungimento, e il grado di coerenza tra le misure adottate e il contributo ascritto alla produzione di elettricità da fonti rinnovabili nell'ambito degli impegni nazionali sui cambiamenti climatici; b) l'effettivo grado di coerenza tra gli obiettivi indicativi nazionali, di cui alle relazioni richiamate al comma 1 e l'obiettivo indicativo di cui all'allegato A della direttiva 2001/77/CE e relative note esplicative; c) l'esame dell'affidabilità del sistema di garanzia di origine di cui all'articolo 11; d) un esame dello stato di attuazione delle disposizioni di cui agli articoli 5, 6, 7 e 8; e) i risultati conseguiti in termini di semplificazione delle procedure autorizzative a seguito dell'attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 12; f) i risultati conseguiti in termini di agevolazione di accesso al mercato elettrico e alla rete elettrica a seguito dell'attuazione delle disposizioni di cui agli articoli 13 e 14; g) le eventuali misure aggiuntive necessarie, ivi inclusi eventuali provvedimenti economici e fiscali, per favorire il perseguimento degli obiettivi di cui alle relazioni richiamate al comma 1; h) le valutazioni economiche di cui al comma 2, secondo e terzo periodo. 4. Il Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, sulla base della relazione di cui al comma 3 e previa informativa alla Conferenza unificata, ottempera all'obbligo di pubblicazione della relazione di cui all'articolo 3, paragrafo 3 e articolo 6, paragrafo 2 della direttiva 2001/77/CE tenuto conto dell'articolo 7, paragrafo 7 della medesima direttiva».*

<sup>59</sup> Illegittimità costituzionale, art. 1, c. 1, lett. a) e b) della legge della Regione Molise 23.12.2010, n. 23 recante modifiche di integrazione alla legge regionale 7 agosto 2009, n. 22.

tra potere centrale e potere periferico. Ne è conferma la sentenza della Corte costituzionale n. 177/2018, avente ad oggetto l'art. 15 della legge regionale Campania, n. 6/2016, ove vengono individuati i siti non idonei all'installazione degli impianti eolici stante la concentrazione degli impianti da fonti rinnovabili esistenti, di potenza superiore a 20 KW<sup>60</sup>. La Corte costituzionale, investita della questione, ha censurato l'articolo in esame in rapporto all'art. 97 della Costituzione, rilevando che l'esigenza della regione di assicurarsi gli spazi deliberativi di cui all'art. 15, commi 1 e 2, della legge reg. Campania n. 6 del 2016, si è tradotta in una sottrazione dell'intero territorio regionale alla costruzione e all'esercizio di impianti eolici «*il margine di intervento riconosciuto al legislatore regionale per individuare "le aree e i siti non idonei" alla installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile ai sensi dell'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003 e del paragrafo 17 delle linee guida, non permette in alcun modo che le Regioni prescrivano limiti generali, valevoli sull'intero territorio regionale [...] 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*» (il giudice delle leggi rinvia sul punto alla sentenza n. 13 del 2014). La Corte, nella sentenza in esame, si richiama peraltro all'art. 41 della Costituzione, in quanto la sospensione del rilascio di nuove autorizzazioni per impianti eolici, «*...ha alterato il contesto normativo esistente al momento della presentazione della richiesta di autorizzazione unica, caratterizzato da una tempistica certa e celere, in coerenza con il particolare favor riconosciuto alle fonti energetiche rinnovabili dalla disciplina interna e sovranazionale. Sotto tale profilo essa sacrifica l'interesse del richiedente alla tempestiva disamina dell'istanza, che*

<sup>60</sup> Legge Regione Campania, 5 aprile 2016, n. 6. "Prime misure per la razionalizzazione della spesa e il rilancio dell'economia campana – Legge collegata alla legge regionale di stabilità per l'anno 2016", art. 15: «*Misure in materia di impianti eolici e di produzione energetica con utilizzo di biomasse 1. In attuazione del decreto del Ministero dello sviluppo economico 10 settembre 2010, n. 47987 (Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili), entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con delibera di Giunta regionale, su proposta dell'Assessore alle attività produttive di concerto con l'Assessore all'ambiente, tenendo conto della concentrazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili esistenti, sono stabiliti i criteri e sono individuate le aree non idonee alla realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonte eolica di potenza superiore a 20 KW, di cui al paragrafo 17 del citato decreto ministeriale, con particolare riferimento alle: a) aree che presentano vulnerabilità ambientali, individuate in quelle per le quali è stato apposto il vincolo idrogeologico di cui al regio decreto-legge 30 dicembre 1923, n. 3267 (Riordinamento e riforma della legislazione in materia di boschi e di terreni montani); b) aree caratterizzate da pericolosità ovvero rischio idrogeologico, perimetrate nei Piani di assetto idrogeologico adottati; c) aree individuate come beni paesaggistici di cui all'articolo 134 di cui alle lettere a), b) e c) del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137); d) aree di particolare pregio ambientale individuate come Siti di Importanza Comunitaria (SIC), Zone di Protezione Speciale (ZPS), Important Bird Areas (IBA), siti Ramsar e Zone Speciali di Conservazione (ZSC), parchi regionali, riserve naturali di cui alla legge regionale 1 settembre 1993, n. 33 (Istituzione di parchi e riserve naturali in Campania), oasi di protezione e rifugio della fauna individuate ai sensi della normativa regionale vigente, geositi; e) aree di pregio agricolo e beneficiarie di contributi per la valorizzazione della produzione di eccellenza campana o di pregio paesaggistico in quanto testimonianza della tradizione agricola della Regione; f) aree sottoposte a vincolo paesaggistico, a vincolo archeologico, zone di rispetto delle zone umide o di nidificazione e transito d'avifauna migratoria o protetta...».*

concorre a influenzare la relativa scelta di sfruttamento imprenditoriale». L'installazione e i relativi atti di autorizzazione agli impianti di energie rinnovabili viene ascritta ad un'attività economica che non può essere azzerata o che non può subire sospensioni *sine die* a danno delle imprese interessate. In ogni caso dalla sentenza in esame, emerge come l'attribuzione del potere di scelta del sito affidata alle regioni, deriva dal fatto che si è cercato di scongiurare il rischio della c.d. sindrome di NIMBY (*Not In My Back Yard*) ovvero quell'atteggiamento ostile da parte delle autorità locali contro le opere di interesse generale che si teme possano avere effetti negativi sui territori in cui insistono<sup>61</sup>. Lo Stato ha fatto perno quindi sulla necessità di garantire l'uniformità della disciplina in materia di FER su tutto il territorio nazionale. È sempre la Corte costituzionale (sentenza n. 275 del 6 dicembre 2012) che richiama il fatto che una disciplina uniforme meglio garantisce «*come prioritario obiettivo la creazione di un mercato interno delle energie da fonti rinnovabili*». Sulla stessa linea si è espressa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale ha sottolineato come, la mancata attuazione delle Linee guida da parte degli enti locali, viene a tradursi in una distorsione della concorrenza tra operatori localizzati nelle diverse aree del territorio nazionale. Sono proprio questi elementi che hanno determinato la scelta di attribuire alle regioni e non alle autonomie locali, il potere di allocazione degli impianti. Tuttavia, in base alla normativa vigente, i comuni non sono del tutto estranei nel prevedere negli strumenti urbanistici, limiti ontologicamente diversi rispetto a quanto indicato sia nelle Linee guida statali nei provvedimenti regionali attuativi delle stesse; fermo restando che i comuni non possono esercitare poteri più ampi rispetto a quelli regionali sul tema (anche se una siffatta affermazione parrebbe ispirata a una concezione gerarchica delle autonomie, in realtà superata dal principio del pluralismo istituzionale paritario sancito dal comma 1, art. 114 della Costituzione). Ciò incide sull'esperibilità della procedura abilitativa semplificata, qualora l'allocazione dell'impianto non sia contraria agli strumenti urbanistici; certo non va dimenticato che la procedura di autorizzazione unica, prevista nel D.lgs. n. 387/2003, può sempre implicare una variante degli strumenti urbanistici, come stabilito nell'art. 12, c. 2. «*Ma anche in questo caso i limiti dedotti negli strumenti urbanistici non paiono essere tout court irrilevanti, e, piuttosto rappresentano uno degli elementi che la conferenza dei servizi è chiamata a valutare nel contesto di una progressiva ponderazione dei diversi interessi coinvolti*»<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> S. VILLAMENA, *Fonti rinnovabili e zone agricole (Ovvero della destinazione del suolo agricolo per la produzione di energia)*, cit., pp. 159, ss, cfr. G. MANFREDI, *I limiti all'insediamento nelle aree agricole degli impianti di produzione di energie da fonti rinnovabili*, cit., «*Vi è una linea di pensiero che sostiene che la pluralità di centri decisionali va avversata perché è fonte di distorsione della concorrenza: come appunto ha sostenuto l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nel parere reso il 16 aprile 2010*».

<sup>62</sup> Cfr. G. MANFREDI, *I limiti all'insediamento nelle aree agricole degli impianti di produzione di energie da fonti rinnovabili*, cit.

## 9. Il principio di proporzionalità e di bilanciamento quali criteri relativi alle scelte dei siti.

Non vi è dubbio che l'interesse all'energia pulita e il pari interesse a non violare l'ambiente agricolo, richiedano un approccio ragionevolmente proporzionato non scardinando le tradizioni locali, la biodiversità, il patrimonio culturale e il paesaggio rurale. Le Linee guida, ai sensi del D. lgs. n. 387/2003<sup>63</sup>, ribadiscono che le zone classificate agricole, secondo i vigenti piani urbanistici, tendenzialmente devono essere considerate aree e siti idonei alla allocazione di impianti FER, al contrario le aree non idonee vengono identificate in quelle di particolare pregio naturalistico o paesaggistico, nonché le zone agricole interessate da produzioni agroalimentari di qualità (produzioni biologiche, produzioni DOP, IGP, STG, DOC, DOCG, produzioni tradizionali); in particolare si annoverano tra i siti non idonei quelli considerati "patrimonio mondiale UNESCO" e le "zone umide" di importanza internazionale così come previsto nella Convenzione di *Ramsar* del 1971. In questo contesto vengono messe insieme l'agricoltura di produzione ovvero l'attività agricola in senso stretto e l'agricoltura di protezione ovvero aree che si caratterizzano non tanto per la qualità dell'attività produttiva ma quanto al fatto che danno luogo al paesaggio rurale in tutte le sue accezioni.

Una parte della dottrina nelle Linee guida<sup>64</sup>, intravede segnali che tendono a una maggiore tutela dell'ambiente agricolo (sia come agricoltura di produzione sia come agricoltura di protezione) rispetto all'interesse energetico, anche se per molti versi l'interesse energetico appare ancora prevalere in modo del tutto prevalente rispetto all'agricoltura; tant'è che, come è stato osservato<sup>65</sup>, ci si ritrova nello stessa situazione tipica degli anni '60 quando, la zona agricola considerata "*cenerentola dell'urbanistica*", era terreno di conquista da parte dell'urbanistico edificatore; oggi la zona agricola è terreno di conquista da parte degli impianti FER. Tuttavia, in materia ambientale, non possono trascurarsi segnali ondivaghi in quanto si deve prendere atto di direzioni diametralmente opposte rispetto alle osservazioni dottrinali sopra richiamate. Talché, ad avviso di chi scrive, pare di dover sottolineare l'inesistenza di

<sup>63</sup> D. lgs n. 28/2011, art. 12, c. 7: «*Gli impianti di produzione di energia elettrica, di cui all'art. 2, comma 1, lettere b) e c), possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici. Nell'ubicazione si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno nel Settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale di cui alla legge 5 marzo 2001, n. 57, articoli 7 e 8, nonché del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, articolo 14*».

<sup>64</sup> P. LATTANZI-S. VILLAMENA, *Agricoltura ed energia: dallo "scontro" fra interessi alla logica di "mutuo sostegno"*, nel volume *Ambiente, energia, alimentazione – Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, (a cura di) G. CERRINA FERONI-T. E. FROSINI-L. MEZZETTI-P. L. PETRILLO, vol. 1 – Tomo II, [www.cesifin.it](http://www.cesifin.it), p. 554.

<sup>65</sup> P. LATTANZI-S. VILLAMENA, *Agricoltura ed energia: dallo "scontro" fra interessi alla logica di "mutuo sostegno"*, *cit.*, p. 554.

un “criterio” statico e predefinito in merito al coordinamento dei due valori «...la prevalenza dell’interesse energetico su quello agricolo non sembra essere fissata una volta per tutte, ma al contrario va apprezzata e considerata a secondo delle peculiarità della fattispecie»<sup>66</sup>. Nel quadro del conflitto tra i due valori rispetto l’allocazione di impianti per la produzione di energie rinnovabili talvolta viene data prevalenza alla tutela del paesaggio in generale e del paesaggio agricolo in senso lato (ovvero comprensivo dell’attività agricola comprese le attività ad essa connesse), altre volte invece viene data *tout court* prevalenza all’attività agricola rispetto al valore ambientale. Purtuttavia ciò non esclude che in entrambi i casi il regolatore pubblico debba applicare la teoria del bilanciamento: il vero è che, a seconda dei casi fattuali prevale ora il primo ora il secondo dei due valori. Nessuno mette oggi in discussione che il modello di riferimento per coniugare il conflitto tra le opposte esigenze della tutela del paesaggio e la produzione di energia pulita sia quello del bilanciamento, anche se è difficile comprendere quali elementi oggettivi possano essere utilizzati nella valutazione e comparazione dei due valori da tutelare se non la singola fattispecie. Interessante appare il decreto emanato dal Ministero dello sviluppo economico del 8 luglio 2019, dal titolo *Produzione di energia da fonti rinnovabili (FER 1)*<sup>67</sup> che, nell’individuazione dei siti sui quali allocare le FER, prevede che, per l’erogazione degli incentivi stimati nell’ordine di dieci miliardi di euro, si dovrà tener conto degli impianti realizzati su discariche chiuse o su siti di interesse nazionale ai fini della bonifica; su scuole e ospedali, edifici pubblici per impianti fotovoltaici i cui moduli sono installati in sostituzione di coperture di edifici e fabbricati rurali su cui è operata la completa rimozione dell’eternit o dell’amianto; impianti idroelettrici che rispettino le caratteristiche costruttive del D.M. 23 giugno 2016, quelli alimentati a gas residuati da processi di depurazione o che prevedono la copertura delle vasche del digestato<sup>68</sup> nonché tutti gli impianti connessi “in parallelo con la rete elettrica e con le colonnine di ricarica delle auto elettriche”. Saranno ammessi gli incentivi solo per gli impianti

<sup>66</sup> P. LATTANZI-S. VILLAMENA, *Agricoltura ed energia: dallo “scontro” fra interessi alla logica di “mutuo sostegno”*, cit., p. 555.

<sup>67</sup> Decreto che ha avuto il via libera dalla Commissione europea e che è stato inviato per la registrazione alla Corte dei Conti prima della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

<sup>68</sup> Si rammenti che il digestato indica il risultato del processo di digestione anaerobica. Può derivare essenzialmente da 5 fonti: effluenti zootecnici, biomasse vegetali, sottoprodotti di origine animale, fanghi di depurazione, frazione organica dei RSU. Da qualche tempo il particolare digestato derivante dalla produzione di biogas tramite biomassa viene utilizzato come ammendante naturale nelle produzioni biologiche e biodinamiche. Una pratica lecita almeno dal 2014, anno in cui l’Unione europea ha dato il via libera all’utilizzo. In particolare, l’intervento è stato ammesso con l’emendamento del regolamento CE 889/2008, che ha modificato la lista di fertilizzanti impiegabili nelle produzioni biologiche nel caso in cui le norme di base non siano sufficienti per soddisfare le esigenze nutrizionali delle colture. Nell’elenco delle sostanze ammesse, la Comunità europea ha inserito anche il «digestato da biogas contenente sottoprodotti di origine animale codigeriti con materiale di origine vegetale o animale», come specificato dall’Allegato I della norma. In sostanza, il regolamento riconosce il valore agronomico del sottoprodotto, considerato organico e naturale, sottolineandone la capacità di riportare al suolo determinati elementi nutritivi, come azoto, fosforo e potassio.

idroelettrici in possesso di determinati requisiti che consentano la tutela dei corpi idrici, in base a una valutazione dell'Arpa. D'altro canto, il dato che emerge dall'elaborazione contenuta nel *Report energia*, realizzato da 24 Ore Ricerche e Studi, rileva come la pandemia di Covid-19 ha impattato in modo decisivo anche il settore energia; infatti dopo una riduzione di ricavi del 1,44% durante il 2019, si prevede un'ulteriore riduzione dei ricavi da energia pulita del 20,8% per l'intero anno 2020.

È necessaria anche una revisione degli impianti FER esistenti se non addirittura l'utilizzo degli ultimi modelli per la gestione dell'energia pulita, cosa che in verità pare non sia stata fatta, tant'è che nel decreto del 8 luglio 2019 sopra citato, si dà una grande importanza in termini di partecipazione ai bandi per la selezione dei progetti, alle strutture innovative integralmente ricostruite e riattivate di potenza inferiore a 1MW; in via generale sono ammessi impianti fotovoltaici esclusivamente di nuova costruzione che utilizzino componenti di nuova generazione, il che conferma la necessità di una revisione degli impianti che risultino obsoleti o non adeguati alle nuove tecniche costruttive. A tal fine, tenuto conto della situazione venutasi a creare a causa del Covid-19, il Governo ha previsto l'erogazione di *bonus* sugli interventi per il risparmio energetico qualificato nonché proroghe applicabili agli impianti FER.

## **10. Il procedimento nella scelta dei siti: talune soluzioni regionali.**

Dalle Linee guida emerge quale filo conduttore delle scelte regionali, il criterio di "proporzionalità" che, in questo caso, viene a coniugarsi e declinarsi con il principio della "differenziazione". Il vero è che, la valutazione operata dall'ente tutorio in merito all'allocazione dell'impianto, non può prescindere dal riferimento alla legge sul procedimento n. 241/1990, con particolare attenzione al principio di ragionevolezza al quale si accompagnano i principi di derivazione comunitaria ovvero di proporzionalità e di precauzione<sup>69</sup>. La valutazione dell'adeguatezza di un sito da parte degli enti coinvolti nella relativa scelta, dovrà tener conto delle concrete differenze che emergono nelle diverse circostanze: così, il principio di adeguatezza, assume la forma di una peculiare connotazione del principio di differenziazione soprattutto per le zone classificate agricole che, pur potendosi astrattamente considerare idonee, tuttavia potrebbero essere sottratte alla realizzazione d'impianti FER qualora la regione ne specifichi le motivazioni in applicazione del principio di adeguatezza e precauzione. La regione e la provincia autonoma, nell'individuare

---

<sup>69</sup> F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, cit., p. 290; v. G. MORBIDELLI, *La legislazione urbanistica regionale per le zone agricole*, in Riv. Dir. Agr., 1981, 1, p. 55; v. P. URBANI, *La tutela delle zone agricole tra interpretazioni giurisprudenziali e discrezionalità amministrativa*, in Riv. Giur. edilizia, 1994, 1, p. 4.

aree e siti non idonei, non solo esercitano un potere parzialmente vincolante, ma in realtà operano una ricognizione dei luoghi, dove l'allocazione degli impianti FER potrebbe non essere assentita per cause specifiche. Tuttavia, non è detto che tali determinazioni siano per c.d. tombali poiché, al modificarsi della situazione fattuale (suffragata da un'istruttoria fondata su elementi squisitamente tecnici), si potrebbe legittimamente pervenire ad una diversa statuizione.

Da qui l'osservazione che, nell'ipotesi di una determinazione volta a dichiarare un sito come non idoneo, anche in questo caso la statuizione appare espressione di un vero e proprio dovere collaborativo anche con le autonomie locali imposto all'ente pubblico, il quale deve rilevare per tempo contesti critici che ostino alla collocazione dell'impianto. L'individuazione delle aree e dei siti non idonei va effettuata basandosi esclusivamente su criteri oggettivi, tenendo conto degli strumenti di pianificazione ambientale, territoriale e paesaggistici; criteri quindi legati alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio culturale, connessi alle caratteristiche intrinseche del territorio e del sito che rileva. L'individuazione dei siti non idonei non può riguardare porzioni significative del territorio, come già richiamato nella sentenza della Corte costituzionale n. 177/2018.

Parimenti non si può fare riferimento genericamente a zone soggette a tutela dell'ambiente o del paesaggio e, d'altro canto zone agricole teoricamente idonee, potrebbero essere considerate non idonee all'insorgere di particolari condizioni rilevate dalla pubblica autorità procedente. Ancora una volta emerge che, l'individuazione dei siti si caratterizza per una sua differenziazione in riferimento ai dati oggettivi e alle diverse tipologie di impianti nonché ad una istruttoria di carattere tecnico.

## **11. Siti idonei e siti non idonei: le scelte regionali e il principio di bilanciamento tra i contrapposti interessi.**

Quanto al D. lgs. n. 28/2011, che ha dato attuazione alla direttiva n. 28/2009, va ricordato che il testo originario dell'art. 10 prevedeva dei limiti per così dire "indiretti" per gli impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra per le zone agricole, disponendo che l'accesso agli incentivi finanziari fosse sottoposto a determinati limiti di potenza, di distanza e di estensione dell'impianto rispetto alla superficie complessiva dei terreni del soggetto proponente. Queste previsioni sono state abrogate pochi mesi dopo l'entrata in vigore del Decreto n. 1/2012, venendosi ad escludere *tout court* questa tipologia di impianto in zona agricola. Tutto ciò porta all'affermazione che, escluse le zone espressamente richiamate nelle Linee guida e negli atti di recepimento della normativa comunitaria, non si può vietare

aprioristicamente nelle zone agricole l'installazione d'impianti di energia rinnovabile. Come giustamente sottolineato dalla giurisprudenza, devono ritenersi illegittimi quei provvedimenti quali, in particolare, i piani regolatori generali o i piani paesistici che contengano divieti assoluti di modificazione dello stato dei luoghi e che vietino la allocazione di impianti produttivi di energia pulita. Il vero è che il procedimento amministrativo, secondo le Linee guida, attribuisce alle sole regioni la facoltà di indicare quali siano le sedi definite non idonee all'installazione di impianti da fonti rinnovabili. La discrezionalità tecnica riconosciuta in capo alle regioni trova tuttavia un baluardo nel fatto che, tali limitazioni, possono riguardare solo specifiche tipologie d'impianti; affinché la limitazione sia legittima deve essere suffragata da un'apposita istruttoria dal contenuto preciso e puntuale orientata dalle discipline normative di tutela volte ad identificare obiettivi di protezione incompatibili con l'inserimento di specifici impianti in determinate aree. Si rinvia alla sentenza della Corte costituzionale n. 177/2018, avente ad oggetto l'art. 15 della legge regionale Campania, n. 6/2016, «*Occorre al riguardo precisare che la posizione del richiedente non consiste in un diritto al rilascio dell'autorizzazione, bensì in un interesse qualificato all'esame dell'istanza a legislazione vigente, secondo il procedimento valutativo integrato precedentemente descritto. Dunque, il legislatore regionale ha inserito una norma non coordinata, sotto il profilo [...] temporale, con l'esigenza di concentrare [i] tempi [...] degli accertamenti confluenti nell'autorizzazione finale. Il risultato di tale operazione non conforme al dettato costituzionale è quello di penalizzare, attraverso non ordinati "schermi burocratici" [...] le strategie industriali di settore, che non possono prescindere dal fattore tempo (sentenza n. 267 del 2016). Né la moratoria può essere giustificata con diverso e qualificato interesse d'ordine generale, poiché, alla luce di quanto in precedenza evidenziato, nella specifica fattispecie l'interesse alla tutela del territorio nella dimensione paesaggistica trova adeguata valorizzazione all'interno degli schemi procedurali tipizzati dal legislatore competente*». La prevalenza dell'interesse energetico su quello agricolo deve essere considerata secondo la peculiarità della fattispecie suffragata da una motivazione puntuale che tenga conto delle criticità dell'area e non con un generico riferimento alla tutela del paesaggio spesso collinare come nel caso dell'allocazione degli impianti eolici<sup>70</sup>. Di conseguenza dopo l'approvazione delle Linee guida è consentito alla regione indicare i luoghi dove gli impianti non possono essere allocati, perseguendo il giusto temperamento tra la diffusione degli impianti dell'energia pulita e la conservazione dell'"ambiente agricolo"<sup>71</sup>. «*Le linee guida nazionali dovrebbero portare a una ponderazione concertata in ordine ad un bilanciamento tra esigenze di accrescimento dei livelli di produzione di energia e gli interessi variamente modulati di tutela del paesaggio, in*

<sup>70</sup> Anche se datata cfr., Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 4 febbraio 2005, n. 150.

<sup>71</sup> In questo senso si è espressa la Corte costituzionale nelle sentenze del 26 novembre.2010 n. 334 e del 26 marzo.2010, n. 119.

ossequio del principio della leale collaborazione»<sup>72</sup>. Solo una volta raggiunto tale equilibrio i criteri così definiti possono essere adeguati alle specifiche caratteristiche dei rispettivi contesti territoriali nell'ambito di ogni regione. In tal senso sembra essersi espressa la prevalente giurisprudenza amministrativa<sup>73</sup>, dove si prevede che il regime a favore degli impianti eolici non può mai vincolare in modo assoluto il giudizio di compatibilità ambientale, nel senso di obbligare il rilascio dell'autorizzazione in relazione ai benefici legati all'efficienza energetica, in quanto ciò porterebbe, come osserva il TAR Toscana, ad uno "sbilanciamento" delle sole esigenze energetiche rispetto a un sistema di valori, quali quelli paesaggistico-ambientale, aventi pari rilevanza costituzionale<sup>74</sup>.

È interessante verificare talune leggi regionali che tendenzialmente suddividono il territorio in "aree", "ambiti" o "settori"<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> AA. VV., *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in Riv. giur. Edilizia, 2-3/2011, p. 80.

<sup>73</sup> TAR Sardegna, sez. II, 3 ottobre 2006, n. 2082.

<sup>74</sup> TAR Toscana, sez. II, 14 ottobre 2009, n. 1536.

<sup>75</sup> Si veda ad esempio la disciplina della regione Lazio, L.R. n. 38/1999, art. 54, c. 1; L.R. n. 20/2000 Regione Emilia-Romagna; L.R. n. 19/2002 Regione Calabria, nella quale in particolare si veda l'art. 10 «*Valutazione ambientale strategica. 1. La Regione, le province e i comuni provvedono, nell'ambito dei procedimenti di elaborazione e di approvazione degli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale, alla valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e territoriale. Essa è effettuata conformemente alla legislazione nazionale e regionale nonché al regolamento vigente. 2. La Valutazione ambientale strategica è un processo obbligatorio nella fase di elaborazione, adozione e approvazione per tutti i piani e i programmi di cui all'articolo 6, comma 2 del D. Lgs. 152/06 ss.mm.ii.. È finalizzata a garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente nonché a contribuire all'integrazione delle considerazioni ambientali nel processo di elaborazione e di approvazione del piano, assicurando anche la coerenza tra i diversi livelli di pianificazione nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. Tale processo comprende l'elaborazione di un Rapporto Ambientale Preliminare, l'eventuale svolgimento di una verifica di assoggettabilità, l'elaborazione del Rapporto Ambientale, lo svolgimento di consultazioni, la valutazione del piano o del programma, del rapporto e degli esiti delle consultazioni, l'espressione di un parere motivato, l'informazione sulla decisione ed il monitoraggio. In particolare, la Valutazione ambientale è un processo obbligatorio per gli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale previsti ai vari livelli dalla normativa nazionale e regionale. 3. Con riferimento alla pianificazione strutturale ed operativa la valutazione ambientale strategica è rivolta in particolare: a) a perseguire la sostenibilità degli interventi antropici rispetto alla quantità e qualità delle acque superficiali e sotterranee, alla criticità idraulica del territorio ed all'approvvigionamento idrico, alla capacità di smaltimento dei reflui, ai fenomeni di dissesto idrogeologico e di instabilità geologica, alla riduzione ed alla prevenzione del rischio sismico, al risparmio e all'uso ottimale delle risorse energetiche e delle fonti rinnovabili; b) a rendere possibile il restauro e la riqualificazione del territorio, con miglioramento della funzionalità complessiva attraverso una razionale distribuzione del peso insediativo della popolazione e delle diverse attività, con particolare riguardo alla riduzione del consumo di suolo; c) a realizzare una rete di infrastrutture, impianti, opere e servizi che assicurino la circolazione delle persone, delle merci e delle informazioni, realizzata anche da sistemi di trasporto tradizionali od innovativi, con la relativa previsione di forme d'interscambio e connessione, adottando soluzioni tecniche e localizzative finalizzate alla massima riduzione degli impatti sull'ambiente. 4. La valutazione ambientale strategica e della verifica di coerenza si attuano attraverso un processo di partecipazione che si sviluppa anche all'interno della conferenza di pianificazione, convocata ai sensi dell'articolo 13, ed accompagna l'intero processo di formazione, adozione e approvazione del piano. 5. Il rapporto ambientale, redatto ai fini della VAS, ai sensi del D. Lgs. 152/06 e s.m.i., come parte integrante della proposta di piano oggetto di adozione, deve riguardare l'insieme degli impatti significativi, diretti ed indiretti, a*

Nella legge della regione Calabria si distinguono nell'ambito della zona agricola le aree caratterizzate da una produzione agricola di tipo specializzata quelle di primaria importanza per la funzione agricola produttiva, anche in relazione all'estensione, composizione e localizzazione dei terreni; contraddistinte da presenza insediativa; quelle boscate o da rimboscare; quelle assoggettate ad usi civici o a proprietà collettiva di natura agricola o silvo-pastorale infine quelle aree che, per condizione morfologica, ecologica, paesaggistica, ambientale e archeologica non sono suscettibili di insediamenti. Dalla lettura parrebbe che tutto il territorio sia inidoneo alla localizzazione delle FER. Tuttavia, si deve prendere atto che le successive leggi regionali calabre emanate in materia, risultano ammettere taluni tipi di utilizzo di fonti rinnovabili che, per connessione, dovrebbero essere applicate anche nelle zone agricole. Si veda in tal senso la L. R. del 28 giugno 2019, la quale, in conformità all'art. 6, c. 4, del decreto del Ministro dello sviluppo economico n. 78 del 3 aprile 2017, prevede che «... in base all'energia non rinnovabile sostituita rispetto alla situazione di baseline, per i progetti che prevedano la produzione di energia tramite le fonti solare, aerotermica, da bioliquidi sostenibili, da biogas e da biomasse comprese tra le tipologie di cui all'articolo 8, comma 4, lettere a) e b), del decreto del Ministro dello sviluppo economico 6 luglio 2012, [nonché] ... in base all'incremento dell'efficienza energetica rispetto alla situazione di baseline, in tutti gli altri casi». Anche nella disciplina laziale, all'art. 54, c. 1, si stabilisce che nelle zone agricole è vietata «ogni attività comportante trasformazione del suolo per finalità diverse da quelle legate alla produzione vegetale, all'allevamento animale o alla valorizzazione dei relativi prodotti». Si palesano, così, potenziali conflitti tra interesse agricolo e interesse energetico.

In verità, nelle leggi regionali sopra richiamate successivamente modificate, non si parla espressamente d'incompatibilità di zone agricole e impianti di produzione di energie da fonti rinnovabili e teoricamente tali impianti potrebbero essere localizzati nelle aree sopra indicate. Certo è che, la suddivisione e la specificazione degli usi del territorio agricolo, senza tener in alcuna considerazione il tema degli impianti energetici, rende su un piano amministrativo più difficile la realizzazione di detti impianti. Più interessante sotto questo profilo appare la legge della regione Toscana dove, il rapporto tra "zone agricole" e impianti di produzione da fonti rinnovabili è caratterizzato da un sistema flessibile di differenziazione. A livello generale la disciplina Toscana è riconducibile ad uno specifico rapporto tra agricoltura ed

---

*breve, medio e a lungo termine, permanenti e temporanei, singoli, cumulativi e sinergici, positivi e negativi, che gli strumenti di pianificazione possono avere sull'ambiente e sul patrimonio culturale, compresi aspetti quali la biodiversità, la popolazione, la salute umana, la flora, il suolo e sottosuolo, l'acqua, il mare, le acque superficiali e sotterranee, l'aria, i fattori climatici, i beni materiali, il patrimonio architettonico e archeologico, il paesaggio, l'ambiente urbano e rurale e le loro reciproche interazioni. Esso deve essere elaborato nell'ambito della redazione del Piano e nel rispetto di quanto previsto dal D. Lgs. 152/06 e s.m.i. e dal regolamento regionale».*

energia regolato sia nella legge urbanistica regionale che in una particolare legge *ad hoc* che si occupa del tema essenzialmente in due provvedimenti: L.R. n. 1/2005 *Norme per il governo del territorio*; L.R. n. 39/2005 *Disposizioni in materia di energia*. Dalla lettura dei testi emerge come nelle leggi regionali precitate si sia preso atto delle Linee guida del 2010 adottando un criterio che è quello della “differenziazione”. Il legislatore regionale, in questo caso, dopo aver indicato i parametri in base ai quali talune aree sono considerate “inidonee” ad accogliere gli impianti menzionati, precisa le eccezioni a tali divieti che divergono, caso per caso, in virtù delle varie tipologie d’impianti: per gli impianti eolici nelle zone agricole sono considerati non idonei quelli che abbiano una potenza superiore a 200 KW o comunque devono essere in grado di garantire almeno 1700 ore/anno di funzionamento. Per quanto riguarda gli impianti fotovoltaici a terra, una particolare attenzione è dedicata alle aree agricole che producono prodotti che abbiano ottenuto il marchio di riconoscimento DOP o IGP. In queste zone a tutela specifica non sono consentiti, anche secondo quanto previsto nelle Linee guida statali, impianti salvo quelli con potenza tra 5 e 20 KW. Nella ricerca di un possibile equilibrio tra energia e agricoltura in tali zone agricole di particolare pregio, il divieto generale relativo agli impianti fotovoltaici aventi una potenza superiore da quella sopraindicata, ne è possibile l’installazione in presenza di una serie di circostanze tra cui quella relativa alla qualifica del sito in “area degradata” nonché attività connesse all’agricoltura. Lo stesso metodo è seguito per l’installazione d’impianti per la produzione elettrica da biomasse con la differenza che, in tale ipotesi, l’identificazione delle aree non idonee dipende fortemente dalla tecnologia utilizzata salvo che trattasi di aree DOP, DOC, IGP. La legge regionale Toscana sicuramente non rappresenta l’*optimum* ma coglie un aspetto non di scarso rilievo ovvero il possibile scontro/convivenza tra interesse agricolo e interesse energetico che non è mai uguale a sé stesso, ma varia da sito a sito a seconda del tipo di territorio, del tipo di impianto e del tipo di cultura; pertanto, i divieti in merito alla realizzazione di energie alternative nel settore agricolo, non possono e non devono essere considerati in modo assoluto.

Particolare interesse riveste la Legge regionale Emilia-Romagna, n. 132 del 5 agosto 2011, che individua aree e siti per l’installazione di impianti di produzione di energia elettrica mediante l’utilizzo di fonti energetiche rinnovabili, eoliche, da biogas, da biomasse e idroelettrica. In detta legge, nell’allegato 1, la regione sottopone la localizzazione degli impianti sopra richiamati, ad un regime diverso a seconda del tipo di impianto. Certamente al punto n. 2 del precitato allegato, i siti non idonei all’installazione di impianti eolici al suolo, sono quelli di maggiore rilievo; tuttavia è interessante che vengano esternate le motivazioni che rendono incompatibili le installazioni di impianti eolici. Al punto D) sono considerate idonee all’installazione d’impianti eolici al suolo «...senza limiti di potenza nominale complessiva: a) le aree

*agricole nelle quali gli impianti risultino di elevata efficienza in termini di alta produttività specifica, definita come numero di ore annue di funzionamento alla piena potenza nominale, comunque non inferiori a 1800 ore annue; ... d) le aree di cava dismesse, qualora la realizzazione dell'impianto eolico risulti compatibile con la destinazione finale della medesima cava».* In questo caso la compatibilità degli impianti eolici nelle aree agricole viene subordinata, secondo il legislatore regionale, alla dimostrazione del requisito dell'elevata efficienza in termini di alta produttività degli impianti, ciò al fine di evitare che venga sottratto territorio agricolo alle attività ad esso connesse. Nell'allegato vengono poi prese in esame le aree per la produzione di energia da biogas e produzione di biometano, dove si motiva la non idoneità delle zone lì dove viene prodotto il formaggio "Parmigiano Reggiano". L'analisi dell'impatto che le singole tipologie hanno nel territorio emiliano romagnolo è sempre legato al riconoscimento dell'alto tasso d'inquinamento della Pianura padana, come ravvisa in premessa lo stesso legislatore regionale. L'interesse della recente legge regionale emiliano-romagnola è che si parte dalle singole FER per indicare quali siano i siti idonei o non idonei e le motivazioni addotte dalla regione. Quanto alla procedura, solo dopo un'ampia e accurata istruttoria si può prevedere l'esclusione o l'ammissibilità di tali impianti. In particolare, merita di essere sottolineato come, proprio l'installazione di impianti eolici, è quella che maggiormente entra in conflitto con l'aspetto paesaggistico del territorio più che impattare la produzione agricola; diverso è il caso degli impianti fotovoltaici che potrebbero influire più sui prodotti agricoli (incidendo direttamente sul terreno) che non sulla sfera ambientale, come per le biomasse. In tutti i casi, trattasi pur sempre di impianti che occupano il suolo agricolo ovvero di opere che sottraggono spazio alla coltivazione.

Si potrebbe ipotizzare che l'impianto energetico, qualunque esso sia, venga a porsi in funzione proattiva rispetto alla produzione agricola. Centrale diventa il ruolo dell'attività amministrativa precedente che, utilizzando adeguatamente i congegni istruttori e collaborativi presenti nella legge sul procedimento amministrativo, potrà addivenire ad un equilibrato temperamento degli interessi che saranno poi la base del provvedimento finale. Senza trascurare infine che un ruolo decisivo in materia agricola viene giocato dal "principio di precauzione" perché, soprattutto in questo settore, vige l'obbligo da parte degli operatori economici di utilizzare le migliori tecnologie disponibili. Certo è che, nonostante le aperture sopra richiamate, gli impianti energetici sembrano essere i "tiranni" anche rispetto a beni meritevoli come l'agricoltura.

## **12. Cenni sul procedimento unico per il rilascio dell'autorizzazione.**

Occorre infine fare un breve cenno sul procedimento di rilascio degli atti autorizzatori, senza pretese di indagini approfondite ma al solo fine di mettere in rilievo come l'atto terminale sia frutto dei principi del procedimento amministrativo salvo talune specificazioni derivanti dalla disciplina di settore<sup>76</sup>. Il procedimento amministrativo, trasferito nel settore in esame, appare sicuramente aggravare l'azione dei pubblici poteri a danno delle legittime aspettative dei soggetti propulsori. La complessa gestione delle questioni ambientali si traduce in un fattore di costo delle iniziative economiche la cui sopportazione diventa problematica soprattutto nei periodi congiunturali. Non si può quindi affermare che si sia pervenuti ad una razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative per ciò che attiene le FER, basti pensare alla valutazione dell'impatto ambientale che, inserendosi nel procedimento classico, aggiunge elementi più di opportunità (politici) che non tecnici, tali da (come si è visto negli ultimi tempi in Italia) bloccare il procedimento stesso. In base a quanto dispone il D. Lgs 29 dicembre 2003, n. 387, va innanzi tutto segnalata la concentrazione dei procedimenti in materia ambientale: ciò è accaduto per l'autorizzazione integrale AIA, per l'autorizzazione unica ambientale AUA, e per la valutazione dell'impatto ambientale VIA. Come si desume dall'art. 26 *bis*, c. 11, Codice dell'ambiente, la complessità del procedimento si ricompone nel momento dell'azione concreta in un atto integrato che sostituisce ad ogni effetto ogni altra autorizzazione: visto o nulla osta o parere in materia ambientale previsti dalle disposizioni di legge e dalle relative norme di attuazione. In questo caso si appalesa l'esigenza non solodi semplificare il procedimento ma anche di unificare senza tuttavia incidere sull'assetto normativo delle competenze né sui livelli sostanziali di tutela. La realizzazione e la messa in esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica per la produzione di fonti rinnovabili, secondo l'allegato A del sopra citato decreto, è sottoposta ad autorizzazione unica rilasciata dalla regione o dalla provincia da essa delegata, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela ambientale e di tutela del paesaggio storico-artistico (nel quale va inserito il paesaggio agrario) salvo per gli impianti minori che sono sottoposti alla sola procedura di denuncia di inizio di attività. Come si accennava nel testo, l'autorizzazione unica ambientale all'occorrenza costituisce anche dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza, oltre che variante allo strumento

---

<sup>76</sup> È necessario distinguere nell'ambito di questa tendenza le sue diverse espressioni che riguardano tre ambiti distinti: quello normativo, quello procedurale e quello organizzativo. La semplificazione è in verità innanzi tutto un problema del legislatore più che dell'amministratore e la sua soluzione implica la riduzione della disciplina normativa in un ambito circoscritto di regole chiare ed agevolmente individuabili; v. F. LIGUORI, *Commenti tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in Riv. Giur. Edilizia, 1/2020, p. 4.

urbanistico. L'autorizzazione unica deve contenere l'obbligo da parte dell'esercente di rimessa in pristino dello stato del luogo nel caso di dismissione o, per gli impianti idroelettrici, nell'esecuzione di misure di reinsediamento e recupero ambientale. Oltretutto si rammenti che, come sottolineato dalla giurisprudenza, è possibile l'accertamento a posteriori relativo alla compatibilità paesaggistica nei casi di lavori realizzati in assenza o difformità dell'autorizzazione paesaggistica<sup>77</sup>. Ciò che merita di essere sottolineato è che l'autorizzazione consegue ad un procedimento unico il cui svolgimento è normato dalle Linee guida in Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto coi Ministri dell'ambiente e della tutela del territorio e con i Ministri dei beni e delle attività culturali. Sempre secondo la prevalente giurisprudenza, l'autorizzazione unica ambientale costituisce il provvedimento finale di un procedimento, nel quale convergono tutti gli atti di autorizzazione, di valutazione e di assenso afferenti i campi dell'ambiente, dell'urbanistica, dell'edilizia nonché delle attività produttive.

L'autorizzazione integrata ambientale non costituisce quindi la mera "sommatoria" dei provvedimenti di competenza degli enti chiamati a partecipare alla Conferenza di servizi, ma è un titolo autonomo caratterizzato da una disciplina specifica che consente la costruzione e la gestione dell'impianto alla stregua delle prescrizioni e delle condizioni imposte dall'autorizzazione medesima. In sostanza, le determinazioni delle amministrazioni coinvolte vengono "assorbite" nei provvedimenti conclusivi, con la conseguenza che la efficacia delle prime non può che soggiacere al regime previsto per gli atti terminali, non potendovi essere una pluralità di termini di efficacia, suscettibile di ledere il principio di certezza delle situazioni giuridiche, in contrasto con la *ratio* di semplificazione e concentrazione sottesa all'individuazione dello specifico modulo procedimentale rappresentato dalla Conferenza dei servizi ed alla unicità del provvedimento conclusivo<sup>78</sup>; procedimento che deve ispirarsi a quei valori di bilanciamento tra gli interessi in gioco, già richiamati.

---

<sup>77</sup> T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 17 febbraio 2020, n. 135. «L'accertamento a posteriori relativo alla compatibilità paesaggistica è possibile nei casi di lavori: realizzati in assenza o difformità dell'autorizzazione paesaggistica che non abbiano causato l'aumento relativo alla creazione di superfici utili o volumi di quelli legittimamente realizzati; nel caso di impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; nel caso di lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria».

<sup>78</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 29 aprile 2020, n. 2733; v. Consiglio di Stato sez. IV, 04 luglio 2018, n. 4091, ove si legge che «L'autorizzazione unica ambientale costituisce l'esito di un procedimento nel quale convergono tutti gli atti di autorizzazione, di valutazione e di assenso afferenti i campi dell'ambiente, dell'urbanistica, dell'edilizia, delle attività produttive e delle espropriazioni».

## LE PROCEDURE "D'URGENZA" AL TEMPO DELLA PANDEMIA: ALCUNE RIFLESSIONI SUGLI ARTT. 63 E 163 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Gianluigi Delle Cave\*

**ABSTRACT** [ITA]: Nel complesso quadro giuridico e fattuale generato dal Covid-19, è utile soffermarsi su alcuni istituti, previsti dal nostro ordinamento, atti ad affrontare momenti di stallo e di incertezza come quelli odierni. Con riferimento al complesso e travagliato settore dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 50/2016 contempla due ipotesi di affidamenti c.d. "urgenti": (i) le procedure di "estrema urgenza", regolate all'art. 63; (ii) le ipotesi di "somma urgenza", regolate all'art. 163. Tali procedimenti, sebbene in principio idonei ad approntare una tutela immediata a situazioni emergenziali, non dovrebbero mai essere invocati "tout court": facendo venire meno l'assegnazione del bene mediante gara, infatti, potrebbero verificarsi importanti effetti distorsivi sulla concorrenza tra le imprese, che comprometterebbero, sul lungo periodo, anche il benessere dei cittadini. Fenomeni complessi come quelli generati dal COVID-19, possono essere gestiti, dunque, solamente cambiando l'ottica sulle procedure *de qua*, notazione che dovrebbe indurre le pubbliche amministrazioni – anche dopo l'emergenza – ad abbandonare cattive prassi che hanno l'unico effetto (non utile) di rendere difficile ogni acquisto, anche il più essenziale. Come auspicato anche dagli organi comunitari, le procedure negoziate d'urgenza, nei limiti previsti a tutela della trasparenza, della pubblicità e della concorrenza, potrebbero rivelarsi uno strumento affidabile e decisivo per ottenere un miglior rapporto qualità-prezzo e un accesso più ampio alle forniture disponibili. Adottando le opportune cautele volte a favorire la massima partecipazione e a garantire la *par condicio* tra i concorrenti, il ricorso alle procedure in esame, nei limiti sopra esposti, può ritenersi non solo uno strumento pienamente legittimo, ma anche utile ai fini del delicato bilanciamento tra diritto/protezione della salute ed altri beni o interessi pure di primario rilievo (quale, con riferimento al caso in esame, la tutela della concorrenza e della massima partecipazione alle gare d'appalto).

---

\*Dottorando di ricerca in Business&Law - Istituzioni e Impresa e cultore della materia in Diritto Amministrativo II e Diritto dell'Ambiente (IUS/10) presso l'Università degli Studi di Brescia (UNIBS), E-mail: gianluigi.delle.cave@gmail.com

**ABSTRACT** [ENG]: *In the complex legal and factual framework generated by Covid-19, it is useful to focus on a couple of institutes, provided for by our legal system, that are able to face moments of impasse and uncertainty such as those of today. With reference to the complex and troubled area of public contracts, Legislative Decree no. 50/2016 provides for two hypotheses of so-called "urgent" assignments: (i) the procedures of "extreme urgency", regulated by art. 63; (ii) the hypotheses of "sum urgency", regulated by art. 163. These procedures, although suitable in principle to provide immediate protection to emergency situations, should never be invoked "tout court": since there is no award of the goods through public tender, in fact, there could be important distortive effects on competition between companies, which could compromise, in the long term, also the welfare of citizens. Complex events such as those generated by the COVID-19, can be managed, therefore, only by changing the perspective on the procedures in question, which should lead public administrations - even after the emergency - to leave bad practices that have the sole (not useful) effect of making difficult any purchase, even the most essential. As also hoped for by the Community bodies, the emergency negotiated procedures, within the limits provided for to protect transparency, publicity and competition, could be a reliable and decisive tool for achieving better price/quality balance and wider access to available supplies. Adopting the appropriate precautions aimed at encouraging maximum participation and ensuring parity among competitors, the use of the procedures in question, within the limits set out above, can be considered not only fully legitimate, but also useful for the delicate balance between law/protection of health and other assets or interests of primary importance (such as, with reference to the case in point, the protection of competition and maximum participation in tenders).*

**SOMMARIO:** **1.** L' "urgenza" nel Codice dei Contratti Pubblici: l'art. 63. – **2.** L'art. 163 e le procedure di "somma urgenza". – **3.** Le disposizioni in materia di contratti pubblici al tempo della pandemia. – **4.** Le procedure d'urgenza al cospetto della Commissione UE. – **5.** Considerazioni finali.

## 1. L' "urgenza" nel codice dei contratti pubblici: l'art. 63.

Nel complesso quadro giuridico e fattuale generato dal Covid-19 – patologia che, trasversalmente, sta colpendo i più disparati settori, sia pubblici che privati – è opportuno soffermarsi su alcuni istituti, previsti da nostro ordinamento, atti – ed in principio idonei – ad affrontare momenti di stallo e di incertezza come quelli odierni. Con riferimento al complesso e travagliato settore dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 50/2016 (di seguito, per brevità, "Codice") contempla due ipotesi di affidamenti urgenti: (i) le procedure di "estrema urgenza", regolate all'art. 63; (ii) le ipotesi di "somma urgenza", regolate all'art. 163<sup>1</sup>. In generale, l'art. 63 del Codice disciplina la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, procedura che, nella sua delicatezza, presta il fianco a diverse criticità soprattutto con riferimento alla possibile compromissione dei principi di concorrenza e non discriminazione potenzialmente derivanti da un suo utilizzo non corretto<sup>2</sup>. Nello specifico, l'art. 63 del Codice dispone che – nei casi e nelle circostanze specificatamente individuate dalla norma – le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante la procedura senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto «con adeguata motivazione» (rigorosa ed immune da vizi logici), nel primo atto della procedura, della «sussistenza dei relativi presupposti». In particolare, poi, la suddetta procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata nella «misura strettamente necessaria» quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da «eventi imprevedibili», i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati<sup>3</sup>. La norma specifica che le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura *de qua* non devono essere «in alcun caso imputabili<sup>4</sup> alle amministrazioni aggiudicatrici»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Il Codice, dunque, come evidenziato dal Consiglio di Stato, «disciplina negli artt. 63 e 163, rispettivamente quale ipotesi nominata di quella "estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili" (che secondo le direttive comunitarie giustifica il ricorso alla procedura negoziata senza bando, purché "nella misura strettamente necessaria"), e tra i casi di utilizzo dell'affidamento diretto di somma urgenza» (Cons. St., parere n. 855/2016 del 01 aprile 2016 sullo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione").

<sup>2</sup> Si veda G. FIDONE, *La legislazione dei contratti pubblici tra discrezionalità ed automatismi: un confronto tra l'approccio europeo e quello italiano*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2019; B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, 2017.

<sup>3</sup> È indubbio che «il carattere di urgenza sia stato disciplinato nella sistematica del Codice secondo un ordine di gradazione che ne impone sempre la soddisfazione pur sempre con il prioritario ricorso alle procedure ordinarie, sebbene in regime accelerato, solo in via successiva consentendo il ricorso all'istituto eccezionale di cui all'articolo 63, secondo comma, lettera c)» (così TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 1223 del 05.03.2019). In dottrina si veda M. BRUGNOLETTI, *La scelta delle procedure*, in C. CONTESSA, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici. Le grandi tematiche del settore degli appalti pubblici nell'analisi giurisprudenziale*, 2020, p. 640.

<sup>4</sup> L'urgenza, in buona sostanza, non deve essere addebitabile in alcun modo all'amministrazione, né per carenza di adeguata organizzazione o programmazione (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882) né per «sua inerzia o responsabilità» (Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996).

In buona sostanza, la norma *de qua* ha ulteriormente rafforzato, rispetto alla disciplina di cui al previgente art. 57, d.lgs. n. 163 del 2006, la regola generale della gara, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per l'ammissibilità del suindicato modulo negoziale devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva. In particolare, per il ricorso a tale eccezionale sistema di scelta del contraente occorre che l'estrema urgenza sia imprevedibile e non imputabile alla stazione appaltante<sup>6</sup>. Ai fini dell'esperimento della procedura in esame, la norma prevede un *iter* procedimentale "snello": le amministrazioni aggiudicatrici, infatti, individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei<sup>7</sup>. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose<sup>8</sup>, ai sensi dell'art. 95 del Codice, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione. In sintesi, dunque, il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando rappresenta, quindi, un'eccezione al principio

---

<sup>5</sup> Nell'originario schema di decreto, tra le ipotesi di urgenza erano annoverate anche le emergenze di protezione civile e i casi urgenti di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della normativa ambientale. Tali ipotesi sono state eliminate dal testo in seguito alle esortazioni del Consiglio di Stato, che ha evidenziato come dette fattispecie non erano previste nella tassativa elencazione dell'art. 32 della direttiva 2014/24/UE e che l'art. 26 della direttiva in oggetto vieta agli Stati membri l'utilizzo della procedura in esame fuori dai casi espressamente previsti dall'art. 32 cit. e che comunque questi interventi, se connotati da estrema urgenza, possono comunque essere affidati con questa procedura in applicazione della regola generale (Cfr. F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Roma, 2016, pp. 260 e ss.).

<sup>6</sup> Si segnala TAR Liguria, Genova, sez. II, 09 maggio 2017, n. 411, secondo cui «*il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando di cui all'art. 63 del d.lg. n. 50/2016 (già art. 57 del d.lgs. n. 163/2006) rappresenta un'eccezione ai principi generali di pubblicità e di massima concorrenzialità tipici della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore, e sono di stretta interpretazione. [...] Con particolare riferimento al caso di complementarietà della fornitura, è comunque onere dell'amministrazione dimostrare che il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate*».

<sup>7</sup> Per la consolidata giurisprudenza amministrativa, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, dunque, riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, «*sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza*» (si veda Cons. St., sez. III, 26 aprile 2019, n. 2687; *Id.*, sez. III, 18 gennaio 2018, n. 310 e 8 ottobre 2018, n. 5766).

<sup>8</sup> Si evidenzia che, ai sensi dell'art. 63, comma 2, d.lg. n. 50/2016, la procedura negoziata può essere utilizzata, tra l'altro, quando «*i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale, essendosi già sperimentata, nella fattispecie, l'inattuabilità di soluzioni alternative da parte di un diverso operatore economico*» (TAR Napoli, sez. V, 05 marzo 2018, n. 1395).

generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva<sup>9</sup>.

## 2. L'art. 163 e le procedure di "somma urgenza".

Ferma la disciplina dell'art. 63, che rappresenta il *genus* delle procedure urgenti, il Codice prevede, poi, delle fattispecie ancor più speciali, definite "di somma urgenza". Come evidenziato dal Consiglio di Stato, «è chiaro l'obiettivo del legislatore delegato che, per effetto del combinato disposto degli artt. 63 e 163 sembra, ad un primo approccio, andare coerentemente nella direzione voluta dal legislatore delegante nel senso che: a) le acquisizioni di servizi, forniture e lavori da applicare in occasione di emergenza devono coniugare tempestività con controlli e pubblicità, questi ultimi anche successivi; b) è vietato l'affidamento di contratti attraverso procedure derogatorie a quelle ordinarie, ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali [...]. E, invero, la previsione del legislatore delegante ("ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali") non sembra ancorare l'eccezionalità alla semplice situazione emergenziale, ma piuttosto alle (ulteriori e peculiari) particolari esigenze collegate alle situazioni emergenziali» (Consiglio di Stato, parere n. 464/2016 del 21 marzo 2016)<sup>10</sup>. In buona sostanza, rispetto all'art. 63, gli affidamenti di cui all'art. 163 devono essere considerati ulteriormente eccezionali (secondo una «progressione di eccezionalità»<sup>11</sup>, come rilevato dai giudici amministrativi), pertanto essi devono essere interpretati ed applicati in senso assolutamente rigoroso e restrittivo.

<sup>9</sup> In tal senso, TAR Lazio, Roma, sez. I, 04 settembre 2018, n. 9145 e Cons. St., sez. V, 03 febbraio 2016, n. 413.

<sup>10</sup> Si segnala che, in tema di schema di decreto legislativo recante «*Riordino delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile in attuazione della legge 16 marzo 2017, n. 30*», con riguardo all'art. 16 dello schema, che definisce in senso restrittivo la «tipologia dei rischi di protezione civile», il Consiglio di Stato ha osservato che, nel chiarire l'esatta delimitazione dell'azione di protezione civile, «*occorra disciplinare, al comma 1 o in un comma aggiuntivo, anche le modalità per l'ordinaria acquisizione di beni e servizi o per l'esecuzione di lavori ordinari*», allo scopo di evitare che tra le attività in deroga rientrino anche attività che, invece, possono essere programmate per tempo e non giustificano il ricorso a procedure di urgenza. A titolo meramente esemplificativo, secondo i giudici di Palazzo Spada, se si verifica la rottura di un argine è indubbio che si debba procedere con ogni urgenza peraltro già consentita dal citato articolo 163 d. lgs. 50/2016; se invece si deve acquistare un automezzo che sarà utilizzato in futuro per l'azione di protezione civile non v'è ragione alcuna per seguire procedure di tipo derogatorio, così come non c'è ragione di «*agire in deroga*» se l'evento per il quale occorre realizzare i lavori è programmato da tempo o era programmabile per tempo (così Cons. St., atti norm., 19 dicembre 2017, n. 2647).

<sup>11</sup> Così Cons. St., parere n. 855/2016 *cit.*

Per quanto qui di interesse, l'art 163 del Codice specifica che costituisce «*circostanza di somma urgenza*»<sup>12</sup> anche il verificarsi degli eventi di cui all'articolo 7 del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 224<sup>13</sup>, ovvero la ragionevole previsione, ai sensi dell'articolo 3 della medesima legge, dell'imminente verificarsi di detti eventi, che richiede l'adozione di misure indilazionabili, e nei limiti dello stretto necessario imposto da tali misure. Si tratta, nello specifico, di calamità naturali o connesse all'attività dell'uomo che, in ragione della loro intensità o estensione, devono essere fronteggiate in via immediata e con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo<sup>14</sup>. In tali casi, chiarisce la norma, la circostanza di somma urgenza è ritenuta persistente «*finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose per la pubblica o privata incolumità derivanti dall'evento*», e comunque per un termine non superiore a quindici giorni dall'insorgere dell'evento, ovvero entro il termine stabilito dalla eventuale declaratoria dello stato di emergenza<sup>15</sup> di cui all'articolo 5 della legge n. 225 del 1992<sup>16</sup>. Pertanto, solo in tali circostanze ed entro tali

<sup>12</sup> Le circostanze disciplinate dall'art. 163 in questione sono, pertanto, due: a) le circostanze di “somma urgenza”, cioè quelle che, secondo il legislatore, «*non consentono alcun indugio*»; b) le calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo, o comunque una ragionevole previsione dell'imminente verificarsi di tali eventi, che richiedono l'adozione di «*misure indilazionabili*».

<sup>13</sup> Nello specifico, gli eventi emergenziali (di protezione civile) si distinguono in: 1) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili, dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; 2) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni, e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa; 3) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo.

<sup>14</sup> Come evidenziato in dottrina, «*in ragione della portata derogatoria della previsione e dei criteri di stretta interpretazione [...] è evidente che la valutazione in merito alla possibilità di verifica degli eventi, cui pure si riferisce la norma, debba essere ancorata a parametri oggettivi, ossia incentrati su criteri scientifici rigorosi che, appunto, ne evidenzino l'alta probabilità di verifica (i.e. l'imminenza dell'evento)*» (F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2019, p. 201).

<sup>15</sup> Il Consiglio di Stato (n. 2647/2017 cit.) ha rilevato come la normazione intervenuta sulla materia allo stato sia, *de facto*, insufficiente, ciò in quanto sarebbe stato opportuno disciplinare in modo più esplicito e chiaro quanto previsto dalla normativa di settore, ciò al fine di «*individuare le procedure per l'acquisizione di forniture e servizi e l'esecuzione di lavori, quando la concreta situazione ordinaria rende possibile l'avvio di procedure rispettose dei principi comunitari e del codice degli appalti, ferma restando, com'è naturale, la possibilità di agire con gli strumenti straordinari necessari a fronteggiare l'emergenza*». In altri termini, secondo il Consiglio di Stato, le procedure *extra ordinem* devono essere l'*extrema ratio* da utilizzare solo «*per fronteggiare gli eventi contingibili e urgenti mentre deve essere disciplinato, attraverso il coordinamento con il codice degli appalti pubblici, l'approvvigionamento di beni e servizi programmabili*».

<sup>16</sup> Come detto, l'art. 163, comma 3, in esame ammette il ricorso alle procedure di estrema urgenza “*finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose*”, entro un breve termine stabilito dalla stessa disposizione (15 giorni), ovvero entro il termine stabilito dalla declaratoria dello stato di emergenza di cui all'articolo 5 della legge n. 225 del 1992. Abrogata tale legge, attualmente le disposizioni sulla dichiarazione dello stato di emergenza per il tramite del Decreto della Presidenza del Consiglio dei ministri sono contenute nell'art. 24 del richiamato d.lgs. 224/2018 che ne prevede la durata massima in 12 mesi, prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi.

limiti temporali, le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere all'affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture con le procedure previste dall'art. 163 in esame. In sintesi, ai sensi del combinato disposto dell'art. 163, comma 6, e degli art. 2, comma 7, e art. 7 del sopra richiamato d.lgs. 224/2018, il verificarsi di una circostanza di somma urgenza (art. 7 del d.lgs. 224/2018) legittima l'adozione di procedure d'urgenza finalizzate al superamento dell'emergenza (art. 163 cit.) anche tramite l'attuazione coordinata di misure volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro, nonché l'attuazione di prime misure idonee a fronteggiare i danni subiti dalle attività economiche e produttive, così come risultano all'esito di prima ricognizione.

Da un punto di vista procedurale, qualora si adotti l'iter di affidamento in condizioni di somma urgenza, e vi sia, dunque, l'esigenza impellente di assicurare la tempestiva esecuzione del contratto, gli affidatari dichiarano, mediante autocertificazione, resa ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, «il possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura ordinaria», che l'amministrazione aggiudicatrice procede a controllare in un termine congruo, compatibile con la gestione della situazione di emergenza in atto (comunque non superiore a sessanta giorni dall'affidamento)<sup>17</sup>.

L'amministrazione aggiudicatrice, poi, deve dar conto, con adeguata motivazione, nel primo atto successivo alle verifiche effettuate, «della sussistenza dei relativi presupposti»: sul punto, la norma specifica, altresì, che non è possibile procedere al pagamento, anche parziale, «in assenza delle relative verifiche positive»<sup>18</sup>. In via eccezionale, nella misura strettamente necessaria, l'affidamento diretto può essere autorizzato anche al di sopra dei limiti di cui al comma 1 (i.e. € 200.000), per un arco temporale limitato, comunque non superiore a trenta giorni e solo per singole specifiche fattispecie indilazionabili e nei limiti massimi di importo<sup>19</sup> stabiliti nei provvedimenti di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 224<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Secondo la dottrina (DELLA CANANEA), la *ratio* di fondo di tale scelta del legislatore è abbastanza chiara: il soddisfacimento dell'esigenza di celerità degli acquisti urgenti. Per contro, sorgono alcuni dubbi quanto ad efficienza e integrità. Il punto centrale dell'applicazione della disposizione in esame sembrerebbe essere, *de facto*, quello di qualificare i contratti per acquisti urgenti come "contratti complessi" o, viceversa, come contratti per beni standardizzati.

<sup>18</sup> Ai sensi dell'art. 163 del Codice, qualora, a seguito del controllo, venga accertato l'affidamento ad un operatore privo dei già menzionati requisiti, le amministrazioni aggiudicatrici recedono dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese eventualmente già sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, e procedono alle segnalazioni alle competenti autorità.

<sup>19</sup> Si evidenzia che l'affidamento diretto per i motivi di cui all'art. 163 del Codice non è comunque ammesso per appalti di valore pari o superiore alla soglia europea.

<sup>20</sup> Pare opportuno rilevare che, ai sensi del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 c.d. decreto "Cura Italia", fino al 31 dicembre 2020 è autorizzata l'esecuzione dei lavori di somma urgenza con le procedure di cui all'art. 163 del Codice dei contratti pubblici, anche in deroga ai limiti di spesa ivi previsti, fatto salvo il limite della soglia europea, e ai termini di presentazione della perizia giustificativa dei lavori.

L'art 163 del Codice prevede, inoltre, che limitatamente agli appalti pubblici di forniture e servizi, di importo pari o superiore a 40.000 euro, per i quali «non siano disponibili elenchi di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezzari ufficiali di riferimento», laddove i tempi resi necessari dalla circostanza di somma urgenza non consentano il ricorso alle procedure ordinarie, gli affidatari si impegnano a fornire i servizi e le forniture richiesti «ad un prezzo provvisorio stabilito consensualmente tra le parti e ad accettare la determinazione definitiva del prezzo a seguito di apposita valutazione di congruità»<sup>21</sup>.

A tal fine, un ruolo centrale viene attribuito all'ANAC: il responsabile del procedimento, invero, deve comunicare il prezzo provvisorio, unitamente ai documenti esplicativi dell'affidamento, alla citata Autorità che, entro sessanta giorni rende il proprio parere sulla congruità del prezzo<sup>22</sup>. Proprio in relazione all'Autorità anticorruzione, la norma disciplina – analiticamente – anche gli obblighi di pubblicità e trasmissione degli atti all'ANAC. Ed infatti, sul profilo del committente devono essere pubblicati gli atti relativi agli affidamenti eseguiti ex art. 163, con specifica «dell'affidatario, delle modalità della scelta e delle motivazioni che non hanno consentito il ricorso alle procedure ordinarie». Contestualmente, e comunque in un termine congruo compatibile con la gestione della situazione di emergenza, tali atti devono essere trasmessi all'ANAC per i controlli di competenza, fermi restando i controlli di legittimità sugli atti previsti dalle vigenti normative<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Muovendo dal ragionamento di parte della dottrina (*ex multis*, FIDONE; MATTARELLA), per evitare che si abbia – in astratto ed *ex ante*– la scelta di un criterio di aggiudicazione rispetto ad un altro (minor prezzo od O.E.V.), la soluzione potrebbe dipendere dal caso concreto, cioè in base al mercato e al bene da aggiudicare. Per meglio dire, mentre in caso di beni standardizzati, si potrebbe preferire il criterio del prezzo più basso per la “semplicità” dell'acquisto, che non necessita di discrezionalità, viceversa, per contratti complessi potrebbe preferirsi l'offerta economicamente più vantaggiosa. In realtà, nel caso degli acquisti urgenti, il criterio del minor prezzo non fa altro che perseguire la sola esigenza di celerità.

<sup>22</sup> Nelle more dell'acquisizione del parere di congruità si procede al pagamento del 50% del prezzo provvisorio. In ogni caso, l'ANAC ha provveduto a fornire chiarimenti in merito ai presupposti di ammissibilità ed alle modalità di presentazione delle istanze per il rilascio del parere sulla congruità del prezzo. In particolare, l'istanza deve contenere a pena di inammissibilità: 1) il riferimento alla procedura svolta in applicazione dell'art. 163 per l'acquisizione di servizi o forniture; 2) l'indicazione dei motivi o delle cause che hanno determinato lo stato di urgenza a cui la stazione appaltante ha dovuto far fronte senza indugio; 3) l'attestazione dell'inesistenza, per i servizi di interesse, di prezzari ufficiali di riferimento, documentando di avere svolto, al riguardo, le necessarie verifiche. La richiesta di parere deve inoltre contenere tutte le informazioni e gli elementi essenziali relativi all'acquisto effettuato, che permettano di procedere alla valutazione di congruità del prezzo (Cfr. D. DE PAOLIS, *Gli affidamenti di somma urgenza o in caso di calamità nel d. leg.vo 50/2016*, in *legislazionetecnica.it*, 2017, p. 3). Sul ruolo dell'ANAC, si veda altresì S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 1, s.n.t.; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 4, p. 436; N. LONGOBARDI, *L'autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016, 6, p. 17; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, 29 aprile 2016, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>23</sup> A tal proposito, ANAC (con prov. del 15 febbraio 2017) ha disposto che – contestualmente alla pubblicazione degli atti relativi agli affidamenti e comunque entro 30 giorni dalla redazione del verbale di somma urgenza – la stazione appaltante deve trasmettere i seguenti atti: a) verbale di somma urgenza e provvedimento di

Da una lettura ordinata della norma, dunque, si evince che il regime derogatorio previsto per le circostanze di somma urgenza, prima fra tutte quelle consequenziali al verificarsi di eventi calamitosi, ha quale fine ultimo quello di rendere più snelle le procedure e non, al contrario, quello di pregiudicare il controllo o, ancor più, il rispetto dei principi fondamentali quali il possesso delle certificazioni, l'assolvimento degli obblighi contributivi, il rispetto della normativa sull'impiego della mano d'opera e della sicurezza. Come evidenziato in dottrina, infatti, tali principi, in quanto destinati alla tutela di beni primari, non subiscono alcuna deroga, nemmeno in presenza di situazioni eccezionali quali quelle determinate dal verificarsi di una calamità naturale<sup>24</sup>.

In buona sostanza, il potere di adottare procedure emergenziali ha natura "eccezionale" ed è strumentale al superamento della emergenza, pertanto non può espletarsi nei confronti di disposizioni di diretta attuazione di principi comunitari, né nei confronti delle norme riguardanti il controllo e la vigilanza sui contratti pubblici, mancando in tal caso il nesso di strumentalità tra esigenza di tempestivo intervento e deroga al procedimento di controllo. Il ricorso alle procedure di emergenza, secondo quanto sopra delineato, non può comunque mai comportare l'inosservanza di alcune minime condizioni quali (i) la necessaria verifica del possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico affidatario del contratto; (ii) la verifica antimafia; (iii) la tracciabilità dei flussi finanziari; (iv) la necessaria autorizzazione per l'utilizzazione di imprese subappaltatrici; (v) la piena trasparenza, attraverso la pubblicazione sul sito dell'amministrazione, di tutti gli atti adottati, anche relativi alla fase di esecuzione del contratto.

### **3. Le disposizioni in materia di contratti pubblici al tempo della pandemia.**

Come noto, il 31 gennaio u.s. è stato dichiarato lo stato di emergenza – ai sensi ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del d. lgs n. 1 del 02 gennaio 2018<sup>25</sup> – in conseguenza del rischio sanitario connesso

---

affidamento; b) perizia giustificativa; c) elenco prezzi unitari, con indicazione di quelli concordati tra le parti e di quelli dedotti da prezzari ufficiali; d) verbale di consegna dei lavori; e) contratto, ove stipulato.

<sup>24</sup> Per una analisi dell'impatto dei provvedimenti adottati dal Governo sul settore dei contratti pubblici "di emergenza", si veda F. VOLPE, *Commento all'art 3, D.L. 8 marzo 2020, n. 11*, in [www.lexItalia.it](http://www.lexItalia.it); M. GALANO, *Rapporti tra situazioni di emergenza e legislazione sugli appalti*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it); A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in [www.diritti regionali.it](http://www.diritti regionali.it), n. 1/2020.

<sup>25</sup> Nello specifico, l'art. 7, comma 1, lettera c) detta i requisiti che gli eventi devono avere per portare alla dichiarazione dello stato di emergenza. In particolare, deve trattarsi di «*emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da*

all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. La dichiarazione dello stato di emergenza, a sua volta, ha portato all'adozione di ben cinque decreti-legge<sup>26</sup>, di sette Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri<sup>27</sup>, nonché svariate ordinanze<sup>28</sup> e circolari dei Ministeri coinvolti. Tra i suddetti – alluvionali – interventi adottati per fronteggiare il Covid-19, assumono particolare rilevanza, per quanto qui di interesse, le disposizioni contenute nel d.l. 17 marzo 2020 n. 18, c.d. decreto “Cura Italia” (convertito, con modificazioni, con l. n. 27 del 24 aprile 2020). Pertanto, oltre alla normativa “ordinaria” prevista dal Codice per affrontare le situazioni emergenziali (artt. 63 e 163), il Cura Italia ha introdotto ulteriori misure per contrastare la pandemia, nello specifico, con gli articoli 72, 75, 86, 91, 99 e 120. Più nel dettaglio, l'art. 72, comma 2, lett. a), in considerazione «dell'esigenza di contenere con immediatezza gli effetti negativi sull'internazionalizzazione del sistema Paese in conseguenza della diffusione del Covid-19», ha previsto la possibilità che i contratti di forniture, lavori e servizi utili per gli interventi di cui al comma 1<sup>29</sup>, possano essere aggiudicati

---

*impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo*». L'art. 24 prevede che al verificarsi degli eventi che presentano i requisiti di cui all'art. 7 cit. ovvero nella loro imminenza, il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, «formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile».

<sup>26</sup> Nello specifico, d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 13 del 05 marzo 2020; d.l. n. 9 del 02 marzo 2020 recante “Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.l. n. 11 del 08 marzo 2020 recante “Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria”; d.l. n. 14 del 09 marzo 2020 recante “Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19”; d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, c.d. “Cura Italia”, recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”.

<sup>27</sup> Sulla scelta dell'utilizzo dello strumento del d.P.C.M. si veda F. R. TRABUCCO, *Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un optional*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>28</sup> In particolare, sulle ordinanze caratterizzate dalla necessità e urgenza, la dottrina è sterminata. Si segnala, in particolare, S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, pp. 247 e ss.; L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 2002, pp. 57 e ss.; V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove Autonomie*, 2006.

<sup>29</sup> L'art. 72, comma 1, cit. prevede che «nello stato di previsione del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale è istituito il fondo da ripartire denominato “Fondo per la promozione integrata”, con una dotazione iniziale di 150 milioni di euro per l'anno 2020, volto alla realizzazione delle seguenti iniziative: a) realizzazione di una campagna straordinaria di comunicazione volta a sostenere le esportazioni italiane e l'internazionalizzazione del sistema economico nazionale nel settore agroalimentare e negli altri settori colpiti dall'emergenza derivante dalla diffusione del Covid-19, anche avvalendosi di ICE-Agenzia italiana per l'internazionalizzazione delle imprese e per l'attrazione degli investimenti; b) potenziamento delle attività di promozione del sistema Paese realizzate, anche mediante la rete all'estero, dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e da ICE-Agenzia italiana per l'internazionalizzazione delle imprese e per l'attrazione degli investimenti; c) cofinanziamento di iniziative di promozione dirette a mercati esteri realizzate da altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2000, n. 165, mediante la stipula di apposite convenzioni; d) concessione di cofinanziamenti a fondo perduto

con la procedura di cui all'articolo 63, comma 6, del Codice e, dunque, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ed un invito rivolto ad almeno 5 operatori economici. L'art. 75, poi, autorizza le amministrazioni aggiudicatrici e autorità amministrative indipendenti, mediante la già citata procedura negoziata senza pubblicazione del bando, ad acquistare beni e servizi informatici, preferibilmente basati sul modello "cloud SaaS - Software as a Service", nonché servizi di connettività<sup>30</sup>, selezionando l'affidatario tra almeno quattro operatori economici, di cui almeno una *start-up* innovativa o una PMI (piccola e media impresa) innovativa, iscritta nell'apposita sezione speciale del registro delle imprese<sup>31</sup>. Il medesimo art. 75 (comma 3 *bis*) prevede, poi, che i contratti relativi agli acquisti dei suddetti servizi informatici e di connettività «hanno una durata massima non superiore a 36 mesi, prevedono di diritto la facoltà di recesso unilaterale dell'Amministrazione<sup>32</sup> decorso un periodo non superiore a 12 mesi dall'inizio dell'esecuzione»<sup>33</sup>. Ed ancora in tema di urgenza, l'art. 86 ha previsto che, «al fine di ripristinare la piena funzionalità e garantire le condizioni di sicurezza degli istituti penitenziari danneggiati nel corso delle proteste dei detenuti anche in relazione alle notizie sulla diffusione epidemiologica a livello nazionale del Covid-19», venga autorizzata l'esecuzione dei lavori di somma urgenza *ex art.* 163 del Codice, anche in deroga ai limiti di spesa ivi previsti, fatto salvo il limite della soglia europea e i termini di presentazione della perizia giustificativa dei lavori. L'art. 91 del Cura Italia ha introdotto un breve inciso all'art. 35, comma 18, del Codice, stabilendo che l'erogazione dell'anticipazione ivi prevista (20% del corrispettivo) sia «consentita anche

---

*fino al cinquanta per cento dei finanziamenti concessi ai sensi dell'articolo 2, primo comma, del decreto-legge 28 maggio 1981, n. 251, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 1981, n. 394, secondo criteri e modalità stabiliti con una o più delibere del Comitato agevolazioni di cui all'articolo 1, comma 270, della legge 27 dicembre 2017, n. 205. I cofinanziamenti sono concessi nei limiti e alle condizioni previsti dalla vigente normativa europea in materia di aiuti di Stato di importanza minore (de minimis)».*

<sup>30</sup> Se ricorrono le esigenze di sicurezza pubblica anche «con sistemi di conservazione, processamento e gestione dei dati necessariamente localizzati sul territorio nazionale».

<sup>31</sup> Autorizzazione che trova la sua *ratio* nel tentativo di dare una forte spinta alla diffusione di servizi in rete e agevolare l'accesso agli stessi da parte di cittadini e imprese, quale ulteriore misura di contrasto agli effetti dell'imprevedibile emergenza epidemiologica. Tale articolo, nell'ottica dell'eccezionalità che lo caratterizza, prevede, inoltre, che il contratto possa essere stipulato - e la relativa esecuzione avviata - non appena terminata la procedura ad evidenza pubblica, anche in deroga ai termini di cui all'art. 32 del Codice (il quale, in sintesi, dispone che il contratto non può essere stipulato prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione, c.d. periodo di "stand-still").

<sup>32</sup> Per completezza, si specifica che la facoltà di recesso unilaterale è attribuita senza corrispettivo e senza oneri a carico dell'Amministrazione.

<sup>33</sup> Sui concetti di recesso e risoluzione, si segnalano in dottrina S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19* in Giustizia Civile, 25 marzo 2020; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *ibidem*, 01 aprile 2020; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *ibidem*, 27 marzo 2020, tutti con ampi richiami dottrinali al tema della *vis maior* sotto le fattezze della eccessiva onerosità sopravvenuta e della impossibilità sopravvenuta.

nel caso di consegna in via d'urgenza, prima della stipula formale del contratto di appalto»<sup>34</sup>. L'art. 99, invece, nella vigenza dello stato di emergenza e sino al 31 luglio 2020, ha riconosciuto la possibilità che l'acquisizione di forniture e servizi da parte delle aziende, agenzie e degli enti del Servizio sanitario nazionale da utilizzare nelle attività di contrasto dell'emergenza Covid-19, «qualora sia finanziata in via esclusiva tramite donazioni di persone fisiche o giuridiche private, ai sensi dell'art. 793 c.c.»<sup>35</sup>, possa avvenire mediante affidamento diretto, senza previa consultazione di due o più operatori economici, per importi non superiori alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice, a condizione che l'affidamento sia conforme al motivo delle liberalità. Inoltre, l'art. 120 del decreto in esame prevede che le istituzioni scolastiche acquistino le piattaforme e i dispositivi di cui al comma 2, lettere a) e b)<sup>36</sup>, mediante ricorso alle convenzioni-quadro Consip e al Mercato elettronico della pubblica amministrazione (MEPA)<sup>37</sup>. Qualora ciò non sia possibile, si autorizzano le istituzioni scolastiche a provvedere all'acquisto delle piattaforme e dei dispositivi anche in deroga alle disposizioni del d.lgs n. 50/2016<sup>38</sup>.

Giova evidenziare, infine, che un contributo sulla ricognizione della normativa d'emergenza sugli appalti pubblici è stato dato anche dall'ANAC, in particolare con il comunicato del Presidente 22 aprile 2020, concernente «le disposizioni acceleratorie e di semplificazione contenute nel codice dei contratti ed in altre fonti normative». In tale comunicato, l'Autorità ha infatti fornito alle stazioni appaltanti alcune indicazioni utili per lo svolgimento delle procedure di gara necessarie per far fronte alla situazione di emergenza sanitaria, nonché per procedere a quelle comunque da espletare con la massima celerità.

<sup>34</sup> Inoltre, il comma 1 dell'art. 91 cit. prevede l'esclusione del risarcimento del danno e l'applicazione di eventuali decadenze o penali qualora si accerti che l'inadempimento o il ritardo del debitore siano stati determinati dal rispetto delle misure di contenimento da Covid-19 adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. La causa di esclusione della responsabilità del debitore non opera automaticamente, occorrendo «valutare caso per caso se l'inadempimento o il ritardo siano da imputarsi al rispetto delle misure di contenimento da Covid-19».

<sup>35</sup> Si veda anche A. BARTOLINI, *Torna il coprifuoco? Alcune riflessioni sul DPCM (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri) coronavirus dell'8 marzo 2020*, [www.ridiam.it](http://www.ridiam.it).

<sup>36</sup> Vale a dire: a) piattaforme e strumenti digitali utili per l'apprendimento a distanza o potenziamenti per quelli già in dotazione, nel rispetto dei criteri di accessibilità per le persone con disabilità; b) dispositivi digitali individuali per la fruizione delle piattaforme di cui alla lettera a), nonché per la necessaria connettività di rete, da mettere a disposizione degli studenti meno abbienti, in comodato d'uso.

<sup>37</sup> Per una analisi delle misure emergenziali in materia di contratti pubblici, G. LEONE, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), Osservatorio emergenza Covid-19, n. 5/2020.

<sup>38</sup> Per un quadro completo del d.l. Cura Italia, pare opportuno specificare che l'art. 103, comma 2 *ter*, del decreto in esame prevede (con riferimento ai contratti edili tra privati) che nei contratti in corso di validità dal 31 gennaio 2020 e fino al 31 luglio 2020 aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori edili di qualsiasi natura, «i termini di inizio e di fine lavori si intendono prorogati per un periodo pari a novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza». In deroga a ogni diversa previsione contrattuale, inoltre, «il committente è tenuto al pagamento dei lavori eseguiti dall'appaltatore sino alla data di sospensione dei lavori».

L'ANAC, in sintesi, oltre a richiamare le disposizioni contenute nel Codice, quale «*base normativa principale*», ha dato atto (i) degli orientamenti della Commissione europea (comunicazione 2020/C 108 I/01, di cui ampiamente si vedrà nel §4) concernenti il ricorso al quadro normativo vigente in materia di appalti pubblici anche nell'ambito della situazione emergenziale; (ii) delle previsioni incidenti sulla disciplina degli appalti recate dal decreto Cura Italia; (iii) dell'ordinanza della protezione civile n. 630/2020<sup>39</sup> recante «*primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*»; (iv) delle disposizioni di natura settoriale dirette a perseguire il medesimo scopo acceleratorio o semplificatorio<sup>40</sup>.

#### 4. Le procedure d'urgenza al cospetto della Commissione UE.

Come noto, l'art. 32 della direttiva 2014/24/UE, in materia di procedure negoziate senza bando, consente agli acquirenti pubblici di contrattare direttamente con i potenziali contraenti, ciò senza obblighi di pubblicazione, termini, numero minimo di candidati da consultare o altri obblighi procedurali<sup>41</sup>. Tanto consente alle autorità di agire il più rapidamente possibile, nei limiti di quanto tecnicamente/fisicamente realizzabile.

La procedura è, dunque, di fatto, «*un'aggiudicazione diretta, soggetta unicamente ai vincoli fisici/tecnici connessi all'effettiva disponibilità e rapidità di consegna*»<sup>42</sup>. Il perimetro operativo per l'utilizzo di tali procedure viene "suggerito" dalla medesima direttiva, che, al considerando n. 50, evidenzia come le procedure negoziate senza previa

<sup>39</sup> L'ordinanza prevede, *ex multis*, che «*per l'espletamento delle attività previste dalla presente ordinanza, il Capo del Dipartimento della protezione civile ed i soggetti attuatori, possono avvalersi, ove ricorrano i presupposti, delle procedure di cui agli articoli 63 e 163 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*». Si segnala, sul punto, anche l'ordinanza n. 655 del 25 marzo 2020, con la quale il Capo del Dipartimento della protezione civile, nel prevedere ulteriori interventi urgenti in relazione all'emergenza sanitaria, ha stabilito che «*gli enti locali, al fine di assicurare la gestione di ogni situazione connessa all'emergenza epidemiologica, possano procedere all'affidamento di appalti, servizi e forniture in deroga ai tempi e alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara di cui agli artt. 60, 61, 72, 73 e 74 del Codice dei contratti*».

<sup>40</sup> La comunicazione *de qua* conclude invitando le stazioni appaltanti ad assicurare, anche mediante modalità semplificate e tempistiche compatibili con la peculiare situazione attuale, «*la massima pubblicità agli atti adottati anche in regime di emergenza*».

<sup>41</sup> A norma dell'art. 32 cit., la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando è a recepimento facoltativo (art. 26, paragrafo 6, direttiva 2014/24/UE). Gli Stati membri non possono prevedere ulteriori fattispecie rispetto a quelle disciplinate dalla suddetta direttiva.

<sup>42</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione sulle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici in relazione all'attuale crisi nel settore dell'asilo, del 9 settembre 2015, COM (2015) 0454 *final*. In essa è esposta l'interpretazione della Commissione dei trattati, delle direttive in materia di appalti pubblici e della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. È comunque opportuno rilevare che l'interpretazione vincolante del diritto dell'Unione spetta, in ultima istanza, alla Corte di giustizia dell'Unione europea, pertanto gli orientamenti non modificano il quadro giuridico.

pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze «*del tutto eccezionali*»<sup>43</sup>.

L'eccezionalità, in buona sostanza, dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza «*dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice*». Sulla scorta, dunque, del dato normativo e alla luce della odierna situazione emergenziale, la Commissione UE, con la recente comunicazione 2020/C 108 I/01, ha fornito una ulteriore chiave di lettura per l'utilizzo di dette procedure "emergenziali", onde evitarne un uso distorto e illegittimo. In primo luogo, la Commissione ha descritto due diverse opzioni procedurali che possono essere utilizzate, proprio a seconda del "grado di urgenza" riscontrabile nella situazione concreta, vale a dire: a) quella di far ricorso alle ordinarie procedure competitive di affidamento (aperte o ristrette) avvalendosi della possibilità, che è ammessa in caso di acquisti urgenti, di ridurre in maniera significativa le tempistiche di gara<sup>44</sup>; b) quella della procedura negoziata senza pubblicazione di bando<sup>45</sup>. Proprio con riferimento a quest'ultima fattispecie, la Commissione, richiamando il dato normativo<sup>46</sup>, ha specificato che è ammissibile il ricorso a tale modalità procedurale «*nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati*»<sup>47</sup>. In buona sostanza, specifica la Commissione UE, "l'aggiudicazione diretta" a un operatore economico preselezionato rimane l'eccezione alle regole dell'evidenza pubblica ed è applicabile se solo un'impresa è in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli

<sup>43</sup> In dottrina, si veda P. MALANETTO, *Procedure di scelta del contraente*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Lavis, 2018, p. 515.

<sup>44</sup> Se sussiste l'urgenza, infatti, la direttiva prevede una riduzione sostanziale dei termini generali: nel quadro della procedura aperta il termine per la presentazione delle offerte può essere ridotto a 15 giorni in casi di urgenza debitamente motivata (art. 27, par. 3, direttiva 2014/24/UE); nel quadro della procedura ristretta, il termine per la presentazione di una domanda di partecipazione può essere ridotto a 15 giorni (art. 27, par. 3, direttiva 2014/24/UE) e quello per la presentazione di un'offerta a 10 giorni (art. 28, par. 6, direttiva 2014/24/UE). Secondo la Commissione UE, il ricorso ad una procedura aperta o ristretta "accelerata" consentirebbe il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza garantendo la concorrenza anche in casi di urgenza. In sintesi, in casi di urgenza che non consentono di rispettare i termini minimi applicabili in circostanze normali, «*le amministrazioni aggiudicatrici possono ridurre i termini applicabili a una procedura di appalto aperta o ristretta in linea con la direttiva*».

<sup>45</sup> Fermo restando quanto detto in relazione alle procedure di affidamento, la Commissione si sofferma anche sulla possibilità per le amministrazioni di esplorare nuove modalità di interazione con il mercato, attraverso la ricerca di soluzioni innovative, funzionali al superamento della attuale situazione di crisi, sottolineando come l'interazione con il mercato possa offrire «*buone opportunità per tenere conto anche di aspetti strategici degli appalti pubblici, laddove nel processo di appalto siano integrate prescrizioni ambientali, sociali e di innovazione, compresa l'accessibilità ai servizi acquistati*».

<sup>46</sup> Art. 32, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2014/24/UE.

<sup>47</sup> Si badi che, ai sensi dell'art. 32 cit., le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.

tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza<sup>48</sup>. Ogni amministrazione, dunque, dovrà valutare se siano soddisfatte le condizioni per il ricorso a tale procedura, giustificando la scelta di detta procedura in una "relazione unica"<sup>49</sup>. Proprio ai fini della valutazione individuale di ogni singola fattispecie, la Commissione UE ha fornito, altresì, alcuni criteri cumulativi (criteri guida "di eccezionalità"), vale a dire: (i) l'imprevedibilità degli eventi; (ii) l'impossibilità di rispettare i termini delle procedure ordinarie (anche se ridotti) e (iii) il nesso di causalità tra l'evento imprevedibile e l'estrema urgenza. Con riferimento al primo criterio, la Commissione ha specificato che gli eventi legati al Covid-19 – nonché i relativi sviluppi – devono essere considerati imprevedibili per qualunque amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, le esigenze specifiche degli ospedali e di altre istituzioni sanitarie in relazione alla fornitura di cure, dispositivi di protezione individuale, ventilatori polmonari, posti letto supplementari e infrastrutture ospedaliere e di terapia intensiva aggiuntive, comprese tutte le attrezzature tecniche, «non potevano certamente essere previste e pianificate in anticipo e dunque costituiscono un evento imprevedibile per le amministrazioni aggiudicatrici». Sul secondo criterio, la Commissione ha rilevato come le esigenze immediate degli ospedali e delle istituzioni sanitarie devono essere soddisfatte con la massima celerità possibile; perciò, «occorrerà una valutazione caso per caso al fine di stabilire se ciò renda impossibile rispettare persino i brevissimi termini previsti dalla procedura accelerata aperta o ristretta (rispettivamente 15 e 10 giorni per la presentazione delle offerte)»<sup>50</sup>. Infine, ai fini del ricorso alle procedure d'urgenza per rispondere alle esigenze immediate degli ospedali e delle istituzioni sanitarie in tempi molto brevi, non può essere ragionevolmente messo in dubbio il nesso di causalità con la pandemia di Covid-19 (terzo criterio)<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Poiché le amministrazioni aggiudicatrici derogano, in questo caso, al principio fondamentale della trasparenza sancito dal trattato, la Corte di giustizia UE esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale e dunque «tutte le condizioni devono essere soddisfatte cumulativamente e interpretate in senso restrittivo» (*ex multis*, C-275/08, Commissione/Germania e C-352/12, Commissione/Consiglio Nazionale degli Ingegneri).

<sup>49</sup> Art. 84, par. 1, lettera f), direttiva 2014/24/UE.

<sup>50</sup> Come risulta dalla giurisprudenza della CGUE (*ex plurimis*, C-352/12 del 20.06.2013), il richiamo all'urgenza eccezionale «implica che la necessità dell'appalto deve essere soddisfatta nel più breve tempo possibile». La deroga, dunque, non può essere invocata per l'aggiudicazione di appalti che richiedono più tempo di quanto sarebbe stato necessario per dare corso a una procedura trasparente, aperta o ristretta, compresa una procedura accelerata (aperta o ristretta).

<sup>51</sup> La Commissione ha specificato, in conclusione, che le procedure negoziate senza previa pubblicazione possono dare la possibilità di soddisfare le esigenze "immediate", servendo «a colmare la lacuna fino a quando non sarà possibile trovare soluzioni più stabili, quali contratti quadro di forniture e servizi aggiudicati tramite procedure regolari (comprese quelle accelerate)».

## 5. Considerazioni finali.

Quello delle procedure ex. artt. 63 e 163 del Codice rappresenta un sistema di affidamento dei contratti pubblici alternativo all'ordinario regime dell'evidenza pubblica e che si giustifica proprio per la eccezionalità e la specificità del contesto che ha dato luogo a tale tipologia di procedura. In merito, la legislazione comunitaria ha sempre cercato di porre dei precisi limiti all'utilizzo delle procedure *de qua*, proprio per il loro potenziale "distorsivo" del principio della concorrenza.

Questione, quest'ultima, affrontata a più riprese dai giudici amministrativi nazionali, i quali hanno evidenziato con estrema chiarezza che tali moduli procedurali «*possono in concreto determinare abusi in danno di alcuni operatori economici alterandosi il gioco della concorrenza e violandosi conseguentemente il principio (ex art. 97 Cost.) di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa*» (Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2016, n. 760; in termini, Id., sez. V, 25 novembre 2014, n. 65 e Id., sez. III, 12 settembre 2014 n. 4661)<sup>52</sup>. Pertanto, detti procedimenti – che consentono modalità più agevoli di affidamento anche nel superamento di qualsiasi confronto concorrenziale – possono avere, ove non adeguatamente disciplinate e circoscritte, anche effetti negativi sul mercato<sup>53</sup>. Una interessante, seppur datata, disamina degli istituti in esame, che coglie – ad avviso di chi scrive – la *ratio* della normativa in generale, è stata data dalla Corte dei conti, la quale ha rilevato come presupposto indefettibile per l'applicazione di tali affidamenti sia «*un grado di urgenza più pressante di quello richiesto per il ricorso all'ordinaria trattativa privata*», vale a dire che deve versarsi in una situazione di emergenza in cui sussista la necessità di adottare «*con immediatezza misure di pronto intervento per porre riparo a un danno improvviso, che siano incompatibili con gli adempimenti occorrenti per la trattativa privata*» (Corte dei conti, sez. contr., n. 39/1992)<sup>54</sup>. Tali procedimenti, pertanto, sono passibili di far emergere fenomeni di cattiva allocazione delle risorse, proprio perché, "sfuggendo" alle corrette stime di

<sup>52</sup> La giurisprudenza ha sottolineato, altresì, come al le procedure in questione andassero applicati adeguati correttivi affinché non fosse compromesso il buon andamento del mercato degli appalti pubblici (*ex multis*, TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 11 marzo 2015, n. 283).

<sup>53</sup> Si ricorda, al riguardo, quanto evidenziato dal Considerando (50) della Direttiva 2014/24/UE: «*Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali*». Anche sotto questo profilo, pertanto, si evidenzia come le procedure d'urgenza non possono sfuggire *tout court* alla garanzia del principio di concorrenza o ad un minimo confronto competitivo prima della selezione o di meccanismi di rotazione. In assenza di tali tutele, solo un lasso temporale predeterminato e compatibilmente breve, per l'intervento in deroga, potrebbe giustificare la legittimità.

<sup>54</sup> In buona sostanza, dunque, le procedure di urgenza si pongono in antitesi ai principi della gara e dell'evidenza pubblica, ciò in quanto l'amministrazione ha, in materia di trattativa privata, un'ampia discrezionalità, per cui «*non è censurabile se, avviato l'iter per l'esecuzione di lavori di somma urgenza in economia con individuazione dell'impresa mediante gara ufficiosa, affidi poi gli stessi lavori a tale impresa a trattativa privata*» (Corte conti, sez. contr., n. 18/1992).

congruità dei prezzi, potrebbero orientare il mercato delle commesse pubbliche verso operatori inefficienti o, comunque, non in grado di offrire un bene o un servizio adeguato al costo globale dell'appalto<sup>55</sup>.

Il ricorso agli affidamenti d'urgenza, dunque, non dovrebbe mai essere invocato "tout court": facendo venire meno l'assegnazione del bene mediante gara, infatti, potrebbe comportare importanti effetti distorsivi sulla concorrenza tra le imprese, che comprometterebbero, sul lungo periodo, anche il benessere dei cittadini<sup>56</sup>. D'altronde, la reazione all'emergenza comporta inevitabilmente una compressione dei diritti e delle libertà che sono patrimonio comune di tutti gli ordinamenti occidentali<sup>57</sup>. Vero è, infatti, che la situazione emergenziale ha, *de facto*, mosso l'ordinamento nazionale e sovranazionale ad una sorta di *revirement* sulle procedure d'urgenza e nello specifico, sulle procedure negoziate senza pubblicazione del bando. Tanto sarebbe confermato proprio dalla proliferazione, nelle norme nazionali (emergenziali) sul punto<sup>58</sup>, di disposizioni volte a garantire approvvigionamenti in tempi rapidi soprattutto per le strutture sanitarie impegnate nella cura dei pazienti contagiati dal Covid-19<sup>59</sup>. Come evidenziato in dottrina sul punto, l'esperienza porta a considerare che fenomeni complessi possano essere gestiti solamente cambiando l'ottica sulle procedure, notazione che dovrebbe indurre le pubbliche amministrazioni – anche dopo l'emergenza – «ad abbandonare cattive prassi che hanno l'unico effetto (non utile) di rendere difficile ogni acquisto, anche il più essenziale»<sup>60</sup>.

Del resto, la stessa Commissione UE (come evidenziato al §4) ha rilevato come le procedure negoziate senza pubblicazione del bando, nei limiti previsti a tutela della trasparenza, della pubblicità e della concorrenza nelle procedure ad evidenza pubblica, potrebbero rivelarsi uno strumento più affidabile per ottenere un miglior

<sup>55</sup> Si segnala, sul punto, M. A. SANDULLI, *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. Parl.* 2003, 1; Id., *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in *federalismi.it*, 2009, 5.; V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003.

<sup>56</sup> Sul punto, si veda M. GIGANTE, *Analisi dell'art. 163*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici*, Roma, 2017, pp. 1358-1361 nonché M. CAFAGNO, *Analisi economica e procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, alla luce delle nuove direttive europee*, Il nuovo diritto delle società, 2014, pp. 32-36.

<sup>57</sup> L. CUCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *federalismi.it, osservatorio emergenza Covid-19*, n. 1/2020.

<sup>58</sup> Per una analisi dei principali provvedimenti adottati, si veda M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it, osservatorio emergenza Covid-19*, n. 1/2020, nonché G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it, osservatorio emergenza Covid-19* n. 1/2020; F. FRANCIOSI, *L'emergenza Coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo*, in *federalismi.it, osservatorio emergenza Covid-19*, n. 1/2020; M.A. SANDULLI, *Sospensione dei termini processuali dall'8 al 22 marzo: il Parere del CdS sulle misure urgenti anti-COVID-19 non risolve ma aumenta l'insicurezza*, in *L'amministrativista.it*.

<sup>59</sup> In dottrina, si segnala B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020.

<sup>60</sup> Così, S. D'ANCONA, *Appalti pubblici e Corona virus: tra norme e buone prassi*, in *CERIDAP*, 1/2020.

rapporto qualità-prezzo e un accesso più ampio alle forniture disponibili<sup>61</sup>. Pertanto, nonostante alcune perplessità evidenziate – a livello di principio – in *incipit*, di fronte alla scarsità dell’offerta sul mercato per fronteggiare situazioni critiche ed inaspettate, deve considerarsi legittimo l’utilizzo delle procedure d’emergenza, in quanto moduli procedimentali più “flessibili”<sup>62</sup> rispetto alle consuete modalità di approccio. Sdoganata l’applicabilità – auspicata, in via “eccezionale”, anche dalla Commissione UE – delle procedure in esame al (e nel) contesto fattuale odierno, occorre comunque tener ben fermi e presenti i limiti ai moduli procedurali emergenziali, soprattutto a tutela e a garanzia della massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici. Oltre le chiare indicazioni della Commissione UE al fine di individuare correttamente l’area operativa delle procedure *de qua*, anche l’ANAC ha chiarito (soffermandosi, tra le righe, proprio sul carattere di eccezionalità che connota affidamenti di tal genere) che le stazioni appaltanti, prima di ricorrere a strumenti in deroga ai principi dell’evidenza pubblica, devono valutare anche «*la necessità o l’opportunità di differire l’avvio delle procedure di gara già programmate tenendo conto dell’urgenza di approvvigionamento, della necessità di prevedere il sopralluogo o la consultazione sul posto di atti o documenti, della complessità delle operazioni richieste per la preparazione delle offerte, dell’esigenza di garantire, in ogni caso, la massima partecipazione alla procedura e di favorire l’agevole adempimento degli oneri di partecipazione, delle difficoltà organizzative interne connesse alla situazione di emergenza*»<sup>63</sup>. Ed è proprio sulla scorta

<sup>61</sup> Secondo autorevole dottrina (POLICE), uno dei temi su cui sarebbe opportuna una concreta riflessione, è quello delle procedure negoziate “sottosoglia” senza pubblicazione del bando. Ed infatti, mentre la direttiva comunitaria consente l’esperimento di tali modalità di affidamento (si veda, nel dettaglio, l’art. 32 della direttiva n. 2014/24/UE), l’ordinamento nazionale resta – tutt’oggi – restio all’apertura *tout court* alle procedure *de qua*, ciò per le note ragioni collegabili, in sintesi, a quel fenomeno sociale/giuridico che viene definito “cultura del sospetto”. Tuttavia, proprio l’esistenza, ed il permanere, di consistenti ipotesi di illeciti nei confronti della P.A. dimostra come l’adozione di severe e stringenti garanzie procedimentali non costituisca un argine idoneo al contrasto di tali condotte. Pertanto, costituisce argomentazione fallace insistere sui – ed ancorarsi ai – vincoli procedurali, giustificati per ragioni di ordine pubblico, così come richiamare l’utilizzazione del principio di libera concorrenza quale suprema ragione giustificatrice della conservazione delle garanzie procedimentali attuali.

<sup>62</sup> Nella comunicazione della Commissione UE di cui al §4, si specifica che agli acquirenti pubblici viene data piena facoltà di interagire con il mercato e di impegnarsi in attività di *matchmaking* (incontro tra domanda e offerta). A tal fine, l’applicazione di procedure urgenti «*potrebbe rivelarsi uno strumento più affidabile per ottenere un miglior rapporto qualità-prezzo e un accesso più ampio alle forniture disponibili*». Inoltre, gli acquirenti pubblici possono avvalersi di strumenti digitali innovativi per suscitare un ampio interesse fra gli operatori economici in grado di proporre soluzioni alternative. Potrebbero, ad esempio, organizzare eventi *hackathon* per trovare nuove soluzioni che consentano di riutilizzare le mascherine protettive dopo idonea pulizia, per promuovere idee su come proteggere in modo efficace il personale medico e per individuare metodi di rilevamento del virus nell’ambiente.

<sup>63</sup> Delibera ANAC n. 312 del 09.04.2020 recante «*Prime indicazioni in merito all’incidenza delle misure di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull’esecuzione delle relative prestazioni*». L’ANAC, specifica, altresì, con riferimento alle procedure di selezione già avviate, che le stazioni appaltanti assicurano la massima pubblicità e trasparenza delle determinazioni adottate in conseguenza dell’emergenza sanitaria. A tal fine, le stesse danno atto con avviso pubblico riferito a tutte le gare: «*della*

delle considerazioni dell’Autorità Anticorruzione che è possibile svolgere una ulteriore, conclusiva, riflessione su un profilo altrettanto “spinoso” del ricorso alle procedure emergenziali: la motivazione sulla base della quale legittimare l’affidamento diretto o la procedura negoziata senza bando. Per ancorare la stessa a dati normativi certi e solidi (eliminando, *de facto*, l’aurea di discrezionalità – eccessiva? – che potrebbe connotare il ricorso alle procedure d’urgenza), una possibile soluzione potrebbe essere quella di “predeterminare” – a mezzo di indicazioni unitarie e certe – due degli elementi costitutivi della motivazione: l’aspetto temporale e quello sostanziale afferente all’oggetto<sup>64</sup>. Più nel dettaglio, (i) con riferimento al profilo temporale, la possibilità di motivare il ricorso alle procedure di urgenza dovrebbe trovare legittimazione nella transitorietà necessaria al superamento dell’emergenza, da intendersi in un senso più ampio rispetto alla stretta nozione adottata dalla normativa sulla protezione civile, considerando quindi anche il profilo della ripresa economica e produttiva e nelle more del potenziamento (digitalizzazione e personale tecnico) delle stazioni appaltanti qualificate; (ii) sotto un profilo sostanziale, l’oggetto dell’affidamento dovrebbe essere chiaramente riconducibile ad ambiti individuati a monte<sup>65</sup>. In buona sostanza, dunque, le amministrazioni dovrebbero avviare le procedure di gara ritenute “urgenti e indifferibili”, adottando comunque tutte quelle cautele volte a favorire e garantire (i) la massima trasparenza nella scelta del modulo procedimentale, (ii) la partecipazione degli operatori economici e (iii) la *par condicio* tra i concorrenti. In conclusione, il

---

*sospensione dei termini disposta dall’articolo 103 del decreto-legge n. 18 del 17/3/2020, così come modificato dall’articolo 37 del decreto-legge n. 23 dell’8/4/2020, chiarendo che detta sospensione si applica a tutti i termini stabiliti dalle singole disposizioni della lex specialis e, in particolare sia a quelli “iniziali” relativi alla presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte, nonché a quelli previsti per l’effettuazione di sopralluoghi, sia a quelli “endoprocedimentali” tra i quali, a titolo esemplificativo, quelli relativi al procedimento di soccorso istruttorio e al sub-procedimento di verifica dell’anomalia e/o congruità dell’offerta; della nuova scadenza dei termini già assegnati così come ricalcolata con applicazione della sospensione di cui al citato decreto-legge, specificando che alla conclusione del periodo di sospensione (cioè dal 16 maggio 2020) i termini suindicati riprenderanno a decorrere per il periodo residuo; che la stazione appaltante adotterà ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione della procedura, compatibilmente con la situazione di emergenza in atto».*

<sup>64</sup> Tanto è stato proposto, recentemente, anche dall’ANAC in data 01.06.2020, “*Proposta di intervento normativo al fine di consentire il ricorso alle procedure previste nell’art. 163 e nell’art. 63 del codice dei contratti pubblici fino al 31 dicembre 2020*”.

<sup>65</sup> A tal proposito, l’ANAC ha evidenziato come “*tali ambiti non devono necessariamente ritenersi limitati a quelli individuati dalla Comunicazione della Commissione Europea 2020/C 108 I/01 del 1.4.2020 (acquisizione di beni e servizi in ambito sanitario destinati a fronteggiare l’emergenza COVID-19). Ed infatti, poiché, alla luce di tutto quanto sopra rappresentato, le azioni da intraprendere nell’attuale fase sono da intendersi emergenziali in quanto finalizzate a fronteggiare, in prima battuta, i danni subiti dalle attività economiche e produttive, sarà cura del legislatore individuare degli ambiti/settori merceologici nel contesto dei quali gli affidamenti pubblici potranno essere esperiti in urgenza in un’ottica di promozione e sostegno alla ripresa del mercato*”. Va da sé che, alla luce del quadro emergenziale, i settori che si prestano maggiormente a tale funzione, per dimensione economica e/o per connessione diretta con attività destinate al superamento dell’emergenza propriamente sanitaria, potrebbero essere quelli; (i) degli Interventi sulla rete viaria; (ii) degli approvvigionamenti relativi al sistema dei trasporti, del settore informatico e del settore sanitario.

ricorso alle procedure *de qua*, nei limiti sopra esposti, può ritenersi pienamente legittimo<sup>66</sup>, soprattutto laddove si consideri il bilanciamento operato in favore della protezione della salute sia a livello nazionale che comunitario<sup>67</sup>. Bilanciamento che risulta, a tutt'evidenza, più che ragionevole, anche alla luce del fatto che la salute dei singoli e dell'intera collettività rappresenta nella presente congiuntura il bene costituzionalmente protetto meritevole di prioritaria considerazione rispetto ad altri beni o interessi pure di primario rilievo (quale, con riferimento al caso in esame, la tutela della concorrenza e della massima partecipazione alle gare d'appalto).

---

<sup>66</sup> Si veda anche U. FRANGIPANE, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, n. 1/2020.

<sup>67</sup> Secondo F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?* [www.ildirittodelleconomia.it](http://www.ildirittodelleconomia.it), l'emergenza Covid-19 impone una riflessione che va ben oltre un "semplice bilanciamento": essa rilancia l'esigenza di configurare correttamente i rapporti tra scienza, politica e amministrazione.

## **L'ISTITUZIONE DELLA CITTÀ METROPOLITANA DI SASSARI:**

spunti critici e prospettive, in vista di un imminente ed importante appuntamento con la storia.

*(The establishment of the Metropolitan City of Sassari: critical points and perspectives, towards an important and upcoming appointment with history)*

**Mario Tocci**

**ABSTRACT** [ITA]: In questo articolo, l'Autore esamina il quadro giuridico di contesto dell'istituzione della Città metropolitana di Sassari nell'imminenza della sua istituzione, evidenziandone criticità e prospettive.

**ABSTRACT** [ENG]: *In this paper, the Author looks at the legal framework of the establishment of the Metropolitan City of Sassari, pointing out criticality and perspectives.*

**SOMMARIO:** **1.** Gli obiettivi da perseguire. – **2.** Non si preveda l'attivazione del meccanismo dell'elezione diretta dei componenti degli organi nomopoietici. – **3.** L'intangibilità del meccanismo elettivo dei componenti degli organi di governo delle Città metropolitane. – **4.** La razionalizzazione del territorio. – **5.** L'autonomia finanziaria. – **6.** Osservazioni conclusive.

## 1. Gli obiettivi da perseguire.

L'imminenza dell'approvazione, da parte del Consiglio Regionale della Sardegna, della legge di riforma del sistema locale delle autonomie territoriali, in seno a cui dovrebbe provvedersi anche all'istituzione della Città metropolitana di Sassari, consente di riaprire un dibattito dottrinario – invero probabilmente mai sopito e delle cui risultanze lo stesso parlamento sardo non potrà non tener conto – sulle criticità emerse nel corso del tempo sui nuovi enti di governo del territorio previsti dal Costituente nel 2001 all'interno del disposto dell'art. 114 della Carta Costituzionale mediante la riforma del titolo quinto di essa e poi regolamentati nel dettaglio con la legge 07 aprile 2014 n. 56.

La *metropolitan culture*<sup>1</sup>, foriera della tendenza verso la creazione – condivisibile in quanto necessaria – di un modello di amministrazione *ad hoc* per le aree di grandi dimensioni, è arrivata troppo tardi in Italia; laddove, invece, all'estero già erano nate sperimentazioni molto proficue<sup>2</sup>: si pensi alle associazioni volontarie tra Comuni nello Stato di New York negli U.S.A. o alla “Città-Stato” di Berlino o, ancora, alla “Città-Regione” di Vienna.

Senza tacer dell'attenzione riservata dall'Unione Europea alla valorizzazione delle cosiddette “Regioni Metropolitane”, ossia bacini aventi popolazione superiore al numero di duecentocinquantamila abitanti, attraverso progetti di connessione (quali quello della rete *Eurocities* o l'altro della rete *Metrex*) finalizzati al raggiungimento dello scopo della migliore *governance*<sup>3</sup>.

L'introduzione di un paradigma amministrativo decisamente innovativo si è rivelata irta e tortuosa in quanto non accompagnata da una preventiva, ed ineludibile, attività di armonizzazione normativa con un apparato già di per sé caratterizzato da policentrismo autonomistico e fughe in direzione del regionalismo differenziato<sup>4</sup> e

<sup>1</sup> G. SERGES, *Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla metropolitan culture dei primi del '900 alla Riforma Delrio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Osservatorio Città Metropolitane, 2/2014, *passim*; P. FORTE, *Il percorso costitutivo delle Città metropolitane: nascita di un ente territoriale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2/2014, pp. 348 e ss.

<sup>2</sup> G. F. FERRARI – P. GALEONE (A CURA DI), *Città a confronto: le istituzioni metropolitane nei Paesi occidentali*, Bologna, 2010; F. BARTALETTI, *Le aree metropolitane in Italia e nel mondo*, Torino, 2009, *passim*; C. DEODATO, *Le Città metropolitane: storia, ordinamento, prospettive*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 19/2012, *passim*.

<sup>3</sup> G. MOBILIO, *Il contributo delle Città metropolitane italiane al processo di integrazione europea*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6/2018, pp. 3 e ss.

<sup>4</sup> F. MANGANARO, *Evoluzione e sviluppi del policentrismo autonomistico fino al tempo del regionalismo differenziato*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4/2019, p. 210; P. CIARLO, *Abolizione Province, ddl Delrio: rischio caos normativo e vuoto simbolico*, in [www.leggioggi.it](http://www.leggioggi.it), 14 novembre 2013, *passim*.

nondimeno angustata dall'esigenza di contenimento della spesa pubblica<sup>5</sup>; la quale ultima ha dato luogo (segnatamente in ordine alla possibilità, poi consolidatasi quasi consuetudinariamente, dell'elezione di secondo livello dei componenti degli organi nomopoietici) a dubbi di legittimità costituzionale, sebbene risolti (almeno sulla carta) dalla Consulta, ma anche a ulteriori – e inopportuni sul piano politico<sup>6</sup> – atteggiamenti di sfiducia e insoddisfazione dei consociati dell'ordinamento giuridico, sentitisi vieppiù defraudati e impoveriti di una porzione di sovranità<sup>7</sup>.

D'altronde – ma questo è argomento che mostra come nel Bel Paese si preferisca diabolicamente perseverare anziché umanamente errare e far tesoro degli errori onde evitare di ripeterli – pure l'istituzione delle Regioni a statuto ordinario è stata lenta e difficoltosa, quasi fosse imprescindibile in Italia sottoporre qualsivoglia processo riformista a un tempo di decantazione<sup>8</sup>.

Oggi, *in limine* del riordino del sistema locale delle autonomie territoriali, il legislatore regionale sardo – salvo il rispetto degli indirizzi tracciati dalla Corte Costituzionale – dovrà curare il conseguimento di due risultati: la razionalizzazione del territorio interessato e l'assicurazione di una vera autonomia finanziaria.

## **2. Non si preveda l'attivazione del meccanismo dell'elezione diretta dei componenti degli organi nomopoietici.**

Potrà esser apparso inverosimile che non sia stato annoverato tra gli obiettivi testé menzionati l'attivazione del meccanismo di elezione diretta dei componenti degli organi nomopoietici. Del resto, nel 2002 con la sentenza n. 106, la Consulta aveva affermato che – alla luce del novellato testo del disposto dell'art. 114 della Carta Costituzionale – *gli enti territoriali autonomi sono collocati al fianco dello Stato come elementi costitutivi della Repubblica quasi a svelarne, in una formulazione sintetica, la*

<sup>5</sup> P. BILANCIA, *Riflessioni sulla geografia del potere: potere: poteri, diritti, e sistema finanziario*, in *Rivista AIC*, 3/2019, p. 237; G. C. DE MARTIN, *Il disegno autonomistico tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2014, *passim*.

<sup>6</sup> A. FERRARA, *Il riordino delle Province e l'istituzione delle Città metropolitane*, in *www.federalismi.it*, 19/2012, p. 1.

<sup>7</sup> S. PAJNO, *Il problema delle Città metropolitane*, in G. C. DI MARTIN – F. MERLONI (A CURA DI), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, Roma, 2017, p. 214; P. L. PORTALURI, *Osservazioni sulle Città metropolitane nell'attuale prospetto di riforma*, in *www.federalismi.it*, 1/2014, *passim*.

<sup>8</sup> B. CARAVITA DI TORITTO, *Città metropolitana e area vasta: peculiarità ed esigenze del territorio italiano*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio Città Metropolitane, 3/2014, p. 2.

comune derivazione dal principio democratico e della sovranità popolare. Nondimeno, a favore dell'elezione diretta dei componenti delle assemblee di base delle autonomie territoriali locali militava già in passato larga parte della dottrina.

V'era chi pensava che le leggi statali dovessero in ogni caso salvaguardare *il diritto dei cittadini a partecipare attivamente alla vita* degli enti di governo del territorio<sup>9</sup> e tutelare tale esigenza di partecipazione della *communitas* locale, intravedendo in essa un collegamento con un *principio di autogoverno sociale* peculiare dell'autonomia intesa come *espressione di un modo d'essere della Repubblica, quasi la faccia interna della sovranità dello Stato*<sup>10</sup>. Altri reputavano che il principio di democraticità dovesse applicarsi tanto allo Stato quanto agli enti pubblici territoriali diversi da esso<sup>11</sup>.

E anche di recente autorevoli studiosi hanno affermato che l'ordinamento di qualsiasi ente deputato al governo del territorio si caratterizza in virtù della stessa legittimazione democratica dello Stato al lume della considerazione secondo cui l'art. 114 della Costituzione equipara indistintamente Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni<sup>12</sup>. Tuttavia, proprio nella giurisprudenza costituzionale, come si vedrà, esistono pronunce (pure molto recenti) che negano una totale equiparazione di tutti i livelli di governo territoriali e non ammettono nemmeno in seno alle Regioni ad autonomia speciale la possibilità di disciplinare in modo diverso dal paradigma statale i propri agglomerati di area vasta.

Ed è per questo che, in disparte l'auspicabile avvento di una legge dello Stato che muti il quadro in essere, *rebus sic stantibus* il meccanismo elettivo dei componenti degli organi nomopoietici non può essere alterato.

<sup>9</sup>C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 81.

<sup>10</sup>G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (A CURA DI), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna, 1975, pp. 286 e ss.

<sup>11</sup>C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 998; V. CRISAFULLI, *Vicende della "questione regionale"*, in *Le Regioni*, 4/1982, p. 497.

<sup>12</sup>A. SPADARO, *Le Città metropolitane tra utopia e realtà*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Osservatorio Città Metropolitane, 1/2015, pp. 25 e ss.; O. CHESSA, *Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 25/2013, pp. 12 e ss.; P. VERONESI, *Morte e temporanea resurrezione delle Province: non si "svuota" così un ente previsto in Costituzione*, in [www.studiumiuris.it](http://www.studiumiuris.it), 4/2012, pp. 393 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La garanzia costituzionale della Provincia in Italia e le prospettive della sua trasformazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2011, p. 481.

### 3. L'intangibilità del meccanismo elettivo dei componenti degli organi di governo delle Città metropolitane.

Quanto all'intangibilità del meccanismo elettivo dei componenti degli organi nomopoietici delle Città metropolitane appare di sicuro ausilio la recentissima vicenda accaduta in seno alla transizione, in Sicilia, dalle province regionali ai liberi consorzi comunali<sup>13</sup> per effetto della promulgazione della legge regionale siciliana 04 agosto 2015 n. 15<sup>14</sup> – modificativa delle precedenti leggi regionali 8 marzo 2012 n. 14, 27 marzo 2013 n. 7 e 24 marzo 2014 n. 8 – all'indomani dell'approvazione della riforma Delrio.

Tali aggregazioni erano già state contemplate dal disposto dell'art. 15 del R. D. Lgs. 15 maggio 1946 n. 455<sup>15</sup>, recante "approvazione dello Statuto della Regione Siciliana" e convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948 n. 2<sup>16</sup>; sicché la transizione cui si faceva poc'anzi riferimento ha ripristinato un assetto originario, nel quale i primigeni liberi consorzi comunali erano divenuti – con legge regionale siciliana 6 marzo 1986 n. 9, compulsata dalle pronunce n. 96/1968 e n. 146/1974 della Corte Costituzionale – Province Regionali in ossequio alla necessità di uniformare il modello amministrativo siculo a quello nazionale<sup>17</sup>.

Pertanto, in Sicilia risultavano nel 2015 esistenti tre Città metropolitane (Catania, Messina e Palermo) e sei liberi consorzi comunali (Agrigento, Caltanissetta, Enna, Ragusa, Siracusa e Trapani).

Senonché, con legge regionale siciliana 11 agosto 2017 n. 17, l'Assemblea Legislativa di Palazzo d'Orleans ha dettato *disposizioni in materia di elezione diretta del Presidente del libero Consorzio comunale e del Consiglio del libero Consorzio comunale*

<sup>13</sup> M. PRESSI, *L'ordinamento degli Enti di area vasta nella Regione siciliana alla luce della l. 56/2014 come grande riforma economico-sociale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24/2020.

<sup>14</sup> S. AGOSTA, *Liberi consorzi di Comuni e Città metropolitane*, in A. RUGGERI – G. D'AMICO – L. D'ANDREA – G. MOSCHELLA (A CURA DI), *Per un nuovo Statuto della Regione siciliana*, Torino, 2017, pp. 148-155.

<sup>15</sup> G. SALEMI, *Lo Statuto della Regione siciliana, lavori preparatori*, Padova, 1961, *passim*.

<sup>16</sup> S. DE FINA, *Lo statuto siciliano e la costituzione*, in *Il Foro Italiano*, 80, 1957.

<sup>17</sup> O. SPATARO, *L'istituzione dei Liberi consorzi di Comuni e delle Città metropolitane in Sicilia, ovvero della specialità vagheggiata*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12/2018, *passim*; M. GRECO, *Dalle Province Regionali ai Liberi Consorzi di Comuni. Riflessioni su una scelta di politica emozionale*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 24 novembre 2011, *passim*; A. PIRAINO, *Il modello di organizzazione delle nuove province in Sicilia*, in G. C. DE MARTIN (A CURA DI), *Le province regionali in Sicilia*, Roma, 1989, pp. 103 e ss.; A. BARONE, *L'avvio della nuova provincia regionale in Sicilia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3/1988, *passim*; D. DOMINICI, *La nuova Provincia regionale siciliana: Libero Consorzio di Comuni o vecchia provincia statale?* in *Studi in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, *passim*; F. TERESI, *Il sistema dei poteri locali in Sicilia*, Palermo, 1981, pp. 139-140.

nonché del Sindaco metropolitano e del Consiglio metropolitano, vieppiù prevedendo la corresponsione di una vera e propria indennità di carica per Sindaci metropolitani e presidenti dei Consorzi (esclusa dalla riforma Delrio con il dissenso condivisibile della dottrina<sup>18</sup>, stante la contrarietà al disposto dell'art. 51 della Costituzione).

Or dunque, a seguito dell'impugnativa del Governo, con sentenza n. 168/2018 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità della prefata legge regionale siciliana ravvisandovi un contrasto col disposto della lettera *p* del comma secondo dell'art. 117 della Carta Costituzionale, a tenore del quale il riordino degli enti pubblici territoriali rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, anche in ragione della qualificazione di grande riforma economico-sociale che la stessa Corte aveva, con la decisione n. 50/2015, attribuito alla legge 56/2014<sup>19</sup>.

Né tantomeno è valsa l'argomentazione della difesa della Regione Siciliana volta a considerare che l'art. 15 dello Statuto (similmente a tutte le analoghe disposizioni degli Statuti delle altre Regioni ad autonomia differenziata) attribuisse alla medesima *legislazione esclusiva ed esecuzione diretta in materia di circoscrizione, ordinamento e controllo degli enti locali*<sup>20</sup>.

E, anzi, forte del proprio "marchio" di grande riforma economico-sociale, la legge Delrio ha così visto prevalere (il che, con riguardo alla gerarchia delle fonti di produzione del diritto, non può non destare perplessità) il disposto del comma quinto del proprio art. 1 – secondo cui i principi espressi dal dettato normativo valgono anche per la disciplina di Città e Aree metropolitane di Friuli Venezia Giulia, Sardegna e Sicilia – su norme costituzionali, quali sono quelle di approvazione dei prefati Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata.

Ma un'analisi maggiormente approfondita della giurisprudenza costituzionale mostra come la pretesa – da taluni studiosi<sup>21</sup> – totale equiparazione tra i vari enti di governo del territorio non esiste, in virtù dei *principi di adeguatezza e differenziazione*, che – secondo la già citata sentenza della Consulta n. 50/2015 (la quale richiama al

<sup>18</sup> G. BOGGERO, "Differenziare" la democrazia locale. Una proposta flessibile per Province e Città metropolitane, in G. C. DE MARTIN – F. MERLONI (A CURA DI), *op. cit.*, p. 179.

<sup>19</sup> Per un commento in generale: A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2015. Considerazioni in merito all'istituzione delle città metropolitane*, in *www.federalismi.it*, 8/2015; A. SPADARO, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità non rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, in *Rivista AIC*, 2/2015.

<sup>20</sup> G. VERDE – G. SCALA, *Legislazione regionale siciliana e controllo di costituzionalità*, Milano, 2005, pp. 28-31; P. VIRGA, *L'amministrazione locale*, Milano, 1991, p. 5.

<sup>21</sup> A. BARBERA, *Dal "triangolo tedesco" al "pentagono italiano"*, in *Quaderni Costituzionali*, 2002, pp. 85 e ss.

riguardo le proprie pronunce n. 96/1968 e n. 365/2007) – comportano la possibilità di diversificare i modelli di rappresentanza politica ai vari livelli.

E non mancano gli studiosi schierati, anche prima che intervenisse specificamente *ab ovo* la Corte Costituzionale, favorevolmente al riguardo<sup>22</sup>.

Altro argomento, demolito però dal giudice delle leggi nella sentenza n. 50/2015, seppure “sponsorizzato” da raffinata dottrina<sup>23</sup>, faceva leva sulla distonia della legge Delrio in punto di elezione di secondo grado dei componenti degli organi nomopoietici delle Città metropolitane e delle Province con il disposto del comma secondo dell’art. 3 della Carta europea dell’autonomia locale, resa esecutiva in Italia mediante la legge 30 dicembre 1989 n. 439, secondo cui la medesima autonomia locale si esplica attraverso l’elezione dei componenti dei Consigli e delle Assemblee degli enti di governo *a suffragio libero, segreto, paritario, diretto ed universale*; la Consulta ha però rilevato, confermando l’orientamento della propria precedente decisione n. 325/2010, che la stessa *Carta europea* assume valore di documento di mero indirizzo<sup>24</sup>. *Nulla quaestio*, infine, sull’insolita accezione del concetto di elezione di secondo grado, che – come rimarcato da fini giuristi – è sempre stata quella svolta ad opera di un corpo elettorale *ad hoc* designato<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> G. M. SALERNO, *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neocentralismo repubblicano di impronta statalistica*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 7/2015, p. 14; E. CARLONI, *Differenziazione e centralismo nel nuovo ordinamento delle autonomie locali: note a margine della sentenza n. 50/2015*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2015, pp. 145 e ss.; L. VANDELLI, *La Provincia italiana nel cambiamento: sulla legittimità di forme ad elezione indiretta*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 46/2013, pp. 97 e ss.; F. BASSANINI, *Sulla riforma delle istituzioni locali e sulla legittimità costituzionale della elezione in secondo grado degli organi delle nuove Province*, in *Astrid, Rassegna*, 19/2013, *passim*; P. CARETTI, *Sui rilievi di incostituzionalità dell’introduzione di meccanismi di elezione indiretta negli organi di governo locale*, in *Astrid, Rassegna*, 19/2013, *passim*; C. FUSARO, *Appunto in ordine alla questione delle Province*, in *Astrid, Rassegna*, 19/2013, *passim*; E. GROSSO, *Possono gli organi di governo delle Province essere designati mediante elezioni di “secondo grado” a Costituzione vigente?*, in *Astrid, Rassegna*, 19/2013, *passim*; A. LUCARELLI, *La Città metropolitana. Ripensare la forma di Stato e il ruolo di Regioni ed enti locali: il modello a piramide rovesciata*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Osservatorio Città Metropolitana, 1/2014, pp. 31 e ss.; F. PIZZETTI, *La riforma Delrio tra superabili problemi di costituzionalità e concreti obiettivi di modernizzazione*, in *Astrid, Rassegna*, 19/2013, *passim*.

<sup>23</sup> V. TEOTONICO, *Spunti critici sulla “questione metropolitana” italiana*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 14/2020, p. 366.

<sup>24</sup> A. STERPA, *Un “giudizio in movimento”: la Corte Costituzionale tra attuazione dell’oggetto e variazione del parametro del giudizio. Note a margine della sent. n. 50 del 2015*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 7/2015, *passim*.

<sup>25</sup> L. ELIA, *Una formula equivoca: l’elezione indiretta del Presidente della Repubblica*, in *Giur. Cost.*, 1968, pp. 1534 e ss.

#### 4. La razionalizzazione del territorio.

Nella perimetrazione del territorio della Città metropolitana di Sassari, il legislatore regionale sardo dovrà prodromicamente effettuare una necessaria ed imprescindibile attività di razionalizzazione.

Tale attività sarà volta all'individuazione dei Comuni da aggregare secondo criteri scientifici – che non possono essere meramente strutturali e tali da determinare un assetto concluso in una rappresentazione cartografica dagli effetti prescrittivi e vincolistici – involgenti l'integrazione sociale, economica e culturale, nondimeno da condividersi tra le Amministrazioni interessate<sup>26</sup>, in vista della creazione di una stretta integrazione territoriale<sup>27</sup> alla base dell'esercizio di funzioni propriamente metropolitane<sup>28</sup>.

Insomma, non bisogna commettere l'errore di far coincidere la Città metropolitana con la “vecchia” Provincia<sup>29</sup>, laddove *non sono i confini amministrativi che fanno una conurbazione metropolitana*<sup>30</sup>, o ricadere nello sbaglio di eliminare “sulla carta” realtà socio-economiche<sup>31</sup> unitarie o, ancora, indulgere nella falsa consapevolezza che *le costruzioni ideate “a tavolino”*<sup>32</sup> funzionino sempre e comunque.

Del resto, la prevalenza del pragmatismo politico<sup>33</sup> – pur necessitato (come ricordato dalla Consulta nella sentenza n. 50/2015) dall'inevitabile attivazione delle procedure consultive di cui alle disposizioni degli artt. 132 e 133 della Costituzione<sup>34</sup>

<sup>26</sup> P. MANTINI, *La riqualificazione delle aree metropolitane: profili giuridici*, in *www.press.net*, 17 ottobre 1996, p. 26.

<sup>27</sup> V. CERULLI IRELLI, *La provincia metropolitana*, in *www.astrid-online.it*, 7 febbraio 2003, *passim*.

<sup>28</sup> F. BARTALETTI, *Il mosaico amministrativo dell'Italia tra progetti di riforma e realtà geografica*, in M. CASTELNOVI (A CURA DI), *Il riordino territoriale dello Stato: riflessioni e proposte della geografia italiana*, Roma, 2013, p. 78.

<sup>29</sup> A. CUSINATO, *La Città metropolitana nel sistema dei poteri pubblici secondo l'economista*, in *Working Papers*, 1/2018, pp. 8 e ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le città metropolitane nel guado costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 14/2016, p. 19; F. DI LASCIO, *Le Città metropolitane*, in M. ALMEIDA CERREDA – C. TUBERTINI – P. COSTA GONÇALVES (A CURA DI), *La razionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Cizur Menor, 2015, p. 392.

<sup>30</sup> A. VIGNERI, *Città metropolitana di Venezia*, in *Working papers*, 1/2018, pp. 5 e ss. Concorde F. CORTESE, *Sull'autonomia territoriale e sulle riforme necessarie a promuoverla: alcune riflessioni*, in G. C. DI MARTIN – F. MERLONI (A CURA DI), *op. cit.*, p. 71.

<sup>31</sup> S. IOMMI, *Governo locale e benessere dei cittadini: i costi evitabili della frammentazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2/2013, p. 618.

<sup>32</sup> A. PUBUSA, voce *Città metropolitana*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, Milano, 1991, p. 362.

<sup>33</sup> D. MONE, *Città metropolitana. Area, procedure, organizzazione del potere, distribuzione delle funzioni*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio Città Metropolitane, 1/2014, p. 8.

<sup>34</sup> C. BENETTAZZO, *Le Province a cinque anni dalla legge “Delrio”: profili partecipativi e funzionali-organizzativi*, in *www.federalismi.it*, 5/2019, pp. 25 e ss.; M. MASSA, *Come non si devono riformare le Province*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, Rassegna, 2013, p. 8; P. A. CAPOTOSTI, *Parere in ordine all'interpretazione*

– sui criteri scientifici ha paradossalmente disomogeneizzato realtà che dovevano essere intrinsecamente omogenee<sup>35</sup>.

I criteri da considerare, in specie, quanto all'istituzione della Città metropolitana di Sassari riguardano – ad avviso di chi scrive e in ottica di sviluppo ed evoluzione<sup>36</sup> – l'uniformità degli insediamenti economici, l'organicità edificatoria, la non frammentarietà della rete infrastrutturale del trasporto, la comunanza dell'identità culturale ed ambientale, la facilità delle relazioni con gli altri enti di governo del territorio in senso lato (ivi compresi gli Enti Parco e le fondazioni di partecipazione). Precisando che la presenza di più espressioni linguistiche non è *ipso facto* preclusiva dell'inclusione territoriale dei Comuni in cui esse siano radicate, a condizione che a monte si ponga l'obiettivo della contestuale e sincrona valorizzazione di esse.

Tanto esige il canone della ragionevolezza sotteso al disposto del comma primo dell'art. 3 della Costituzione<sup>37</sup>, ma è al contempo funzionale ad agevolare l'adempimento reciproco dei doveri inderogabili di solidarietà sociale tra i consociati del territorio in vista dell'attuazione del principio di buona amministrazione *ex* artt. 2 e 97 della stessa *Grundnorm* (nonché, quanto all'ultimo, ai sensi del disposto dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

## 5. L'autonomia finanziaria.

L'autonomia finanziaria delle Città metropolitane è stata sino ad ora una chimera, una sorta di simulacro, in considerazione del fatto che la riforma Delrio, *con un automatismo di dubbia efficacia*, ha ricollegato il complesso delle disponibilità economico-finanziarie dei nuovi enti al compendio patrimoniale delle antecedenti Province, indi riversando su queste criticità e *deficit* di quelle<sup>38</sup>.

Nemmeno la legge 05 maggio 2009 n. 42 sul federalismo fiscale è riuscita a rappresentare lo strumento ideale di garanzia di tale autonomia finanziaria; anzi e

---

*del quadro costituzionale applicabile al procedimento di riordino delle Province previsto dall'art. 17 del d.l. n. 95 del 6 luglio 2012, come convertito con l. 7 agosto 2012, n. 135, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6/2012, pp. 6 e ss.*

<sup>35</sup> M. MISTRI, *La riforma delle città metropolitane in Italia. Contraddizioni di una normativa "sfocata"*, in *Argomenti*, 40/2014, p. 41.

<sup>36</sup> P. FORTE, *op. cit.*, p. 338.

<sup>37</sup> G. PIPERATA, *Città metropolitane e nuovo governo provinciale: un disegno istituzionale ancora da completare*, in *Working Papers*, 1/2018, pp. 1 e ss.

<sup>38</sup> Y. GUERRA, *Le Città metropolitane: a che punto siamo?* in *Istituzioni del Federalismo*, num. speciale, 2014, pp. 17 e ss.

piuttosto – come sottolineato dalla dottrina – le svariate *rivisitazioni* e le troppe *convulsioni* successive alla sua entrata in vigore hanno condotto all'*implosione* del federalismo fiscale medesimo e alla *rivincita erariale e neo-centralista*<sup>39</sup>.

Non può non concordarsi col pensiero di chi ha rimarcato come si sia cristallizzato, evolvendo in una *profonda e ingiustificata alterazione dei principi fondamentali che da sempre ed ovunque riguardano l'autonomia fiscale degli enti territoriali, il processo di ricentralizzazione di funzioni o di risorse* che sarebbe dovuto essere meramente transitorio in ragione della durata della *crisi economico-finanziaria*<sup>40</sup>.

In particolare, l'autonomia finanziaria dei nuovi enti di governo del territorio è stata da subito – cioè a partire dalla legge di stabilità per l'anno 2015 (legge 23 dicembre 2014 n. 190) – mortificata a cagione di due fattori: da un lato, sono stati (e continuano ad essere) previsti finanziamenti a favore dello Stato da parte di Province e Città metropolitane in modo completamente opposto al principio di cui al disposto del quarto comma dell'art. 119 della Carta Costituzionale<sup>41</sup>, con buona pace della Consulta che con due pronunce di inammissibilità (la n. 10 e la n. 155 del 2015<sup>42</sup>) ha salvaguardato le disposizioni normative all'uopo orientate, forse nel timore degli impatti economici scaturibili<sup>43</sup>; dall'altro sono stati contemplati, a carico dei medesimi enti di governo del territorio, tagli molto profondi alla dotazione organica, purtroppo parimenti giustificati dalla Corte Costituzionale (vedansi le sentenze n. 143/2016, n. 159/2016, n. 176/2016, n. 202/2016<sup>44</sup>) in quanto inseriti in un disegno riformatore finalizzato al risparmio di risorse, inteso come fattore condizionante<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> M. AULENTA, *Velleità e rattoppamenti tributari negli assetti finanziari degli enti territoriali*, in *Riv. Dir. e Sc. Fin.*, 4/2017, p. 514.

<sup>40</sup> L. ANTONINI, *Un requiem per il federalismo fiscale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 16/2016, pp. 2 e ss.

<sup>41</sup> G. C. DE MARTIN – F. MERLONI (A CURA DI), *op. cit.*, p. 268; G. M. SALERNO, *op. cit.*, p. 5.

<sup>42</sup> C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 19/2015.

<sup>43</sup> G. LUCHENA, *Dalla compartecipazione regionale delle risorse statali alla compartecipazione statale delle risorse regionali: inversione della finanza derivata e armonizzazione dei bilanci in funzione di coordinamento*, in *Rivista AIC*, 3/2019, p. 325.

<sup>44</sup> V. MARCENÒ, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi alle lacune tecniche? Il particolare caso della mancata riassegnazione delle risorse agli enti subentranti dopo la riforma Delrio*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, Rassegna, 06 dicembre 2018, *passim*; M. GORLANI, *Quale futuro per la Provincia dopo l'esito del referendum costituzionale del 04/12/2016*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5/2017, pp. 22 e ss.; S. ROSSA, *Recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale in materia di enti locali e finanza pubblica (gennaio-ottobre 2016)*, ne *Il Piemonte delle Autonomie*, 1/2017, *passim*; M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino, 2016, pp. 199 e ss.

<sup>45</sup> E. FURNO, *Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Osservatorio Città Metropolitane, 1/2015, pp. 23 e ss.

Senza trascurare il paradosso secondo cui *la riduzione...disposta da leggi regionali...delle risorse destinate alle Province ad invarianza di funzioni è stata sovente dichiarata incostituzionale per il mancato rispetto del principio di connessione tra le prime e le seconde*<sup>46</sup>.

Non sono mancate le proposte dottrinarie risolutive, fra le quali spiccano quelle caratterizzate dall'abbandono del modello dell'attrazione di *risorse in gran parte eterodeterminate ed oggetto di trasferimento (da) o contribuzione di altri enti*<sup>47</sup> a favore di un paradigma basato sul riconoscimento dell'utilizzo diversificato dei tributi costituenti oggetto dell'espressione dell'autonomia territoriale <sup>48</sup>, come negli ordinamenti federali di Austria e Germania<sup>49</sup>.

Altri hanno teorizzato la previsione di tributi propri tali da responsabilizzare i poteri locali nei confronti dei loro cittadini<sup>50</sup>.

L'urgenza del reperimento di soluzioni – oltre che giustificata dalla necessità di dotare i nuovi enti di governo del territorio degli strumenti idonei all'effettuazione di investimenti<sup>51</sup> – è motivata dalla necessità di attutire per i consociati interessati la già notata percezione di un *vulnus* di democraticità, causata dall'impossibilità di eleggere i componenti degli organi nomopoietici, che in passato aveva indotto i *tax payers* a riappropriarsi completamente del potere politico sulla base della concezione della simultaneità di esso con quello economico, nel rispetto del brocardo *no taxation without representation*<sup>52</sup>.

Attualmente, tuttavia, le Città metropolitane (e non sarà diverso per quella istituenda di Sassari) possono contare esclusivamente sui tributi propri delle Province, ossia tra i più rilevanti: imposte e addizionali legate alla mobilità (imposta di trascrizione al Pubblico Registro Automobilistico, imposta sulle assicurazioni per la responsabilità civile automobilistica, addizionale sui diritti d'imbarco portuale ed aeroportuale, eventuale – ove prevista a livello regionale – imposta su emissioni

<sup>46</sup> G. RIVOCCHI, *Potere, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Rivista AIC*, 3/2019, p. 275.

<sup>47</sup> F. STADERINI – P. CARETTI – P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, Milano, 2019, p. 165.

<sup>48</sup> A. BRANCASI – P. CARETTI, *Il sistema delle autonomie locali tra esigenze di riforma e spinte conservatrici: il caso della Città metropolitana*, in *Le Regioni*, 4/2010, *passim*.

<sup>49</sup> M. AULENTA, *op. cit.*, p. 515.

<sup>50</sup> M. CARLI, *Diritto regionale. Le autonomie regionali speciali e ordinarie*, Torino, 2018, p. 136.

<sup>51</sup> A. PETRETTO, *Economia e finanza pubblica delle Città metropolitane*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2/2018, p. 50.

<sup>52</sup> V. TEOTONICO, *La parabola dello Stato liberale e il monito della storia*, in G. LUCHENA – V. TEOTONICO (A CURA DI), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Bari, 2015, pp. 27 e ss.; M. VOLPI, *Le Province nell'ordinamento costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 18/2012, p. 4.

acustiche degli aeromobili)<sup>53</sup>; tassa per i servizi di tutela, protezione ed igiene dell'ambiente; imposta di scopo connessa alla realizzazione di opere pubbliche. Nondimeno, esse possono valersi di risorse – tanto umane quanto strumentali – dei Comuni e delle Unioni dei Comuni ricompresi nel territorio<sup>54</sup>; ma sarebbe opportuno che l'esercizio di tale facoltà venisse rigidamente condizionato e subordinato a specifiche intese, magari da assumersi mercé apposite conferenze di servizi e volte all'esercizio associato di funzioni, onde evitare depauperamenti calati dall'alto e dunque imposti *ob torto collo*.

Non appare affatto congrua la strategia della massimizzazione delle aliquote dei predetti tributi locali, né si può condividere l'idea di prevedere *generaliter* addizionali locali (seppur contenute, da un punto di vista impositivo)<sup>55</sup> poiché l'erogazione dei servizi fondamentali delle Città metropolitane non deve avere costi spropositati.

Piuttosto sarebbe opportuno istituzionalizzare un ufficio deputato in via esclusiva ad accedere direttamente, come consentito dalla legge 56/2014, ai fondi dell'Unione Europea; il che, però (come autorevolmente messo in luce<sup>56</sup>) – stante l'operatività di tali fondi come rimborsi anziché anticipi – presuppone la necessità di accesso al credito bancario e, dunque, impone la "salubrità creditizia" dei richiedenti.

E, vieppiù, sembra decisamente consigliabile il ricorso a istituti che vedano il forte coinvolgimento dei privati, anche in ottica di attuazione del principio di sussidiarietà<sup>57</sup>, con largo uso delle concessioni (in cui il rischio operativo ricade tendenzialmente sul concessionario<sup>58</sup>); senza trascurare, quanto alla promozione e

<sup>53</sup> C. AGNOLETTI - C. FERRETTI - P. LATTARULO - M. MASSARO, *Strumenti per l'autonomia finanziaria delle Città metropolitane*, in *EyesReg*, 6/2016, *passim*.

<sup>54</sup> A. DEFFENU, *Il ridimensionamento delle Province nell'epoca dell'emergenza finanziaria tra riduzione delle funzioni, soppressione dell'elezione diretta e accorpamento*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 3/2012, pp. 17 e ss.

<sup>55</sup> B. CARAVITA – F. FABRIZZI – A. STERPA, *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni e degli enti locali*, Torino, 2019, pp. 245 e ss.

<sup>56</sup> A. GUAZZAROTTI, *Potere, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Rivista AIC*, 3/2019, p. 302.

<sup>57</sup> B. RAGANELLI, *Pubblico, privato e concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina*, in AA. VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, pp. 210-248; G. CERRINA FERRONI – F. CARINGELLA, *Il partenariato pubblico-privato: modelli e strumenti*, Torino, 2011, *passim*; G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *www.giustamm.it*, 17 dicembre 2010, *passim*; R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, *passim*.

<sup>58</sup> M. CERUTI, *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, in *App. e Contr.*, 2016, 11, pp. 22-32; M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 7, 2014, p. 745; F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. Amm.*, 4, 2011, pp. 703 e ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, *passim*.

alla valorizzazione del patrimonio culturale, la sponsorizzazione di cui al disposto dell'art. 120 del d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42<sup>59</sup>.

## 6. Osservazioni conclusive.

La Città metropolitana di Sassari rappresenterà, per l'intero territorio del Nord Sardegna, un volano di sviluppo economico, altresì idoneo a realizzare l'obiettivo, pur visto – non condivisibilmente, invero – come assolutamente teorico<sup>60</sup>, di risolvere il “disordine” urbanistico, sociale e ambientale (inevitabile in tutte le aree vaste).

La sua istituzione consentirà di pensare (o ripensare) all'attivazione – naturalmente in collaborazione con la Regione e mediante la creazione di apposite società a partecipazione pubblico-privata ai sensi delle disposizioni del d. lgs. 19 agosto 2016 n. 175 – dell'alta velocità ferroviaria e alla creazione di un sistema di collegamenti aerei e navali quotidiani tra i due poli territoriali regionali – quello settentrionale di Sassari e l'altro meridionale di Cagliari, già Città metropolitana – per il transito di persone e merci, così da alleggerire il traffico stradale e favorire l'interconnessione di tutti i principali centri isolani.

Risulterà imprescindibile l'attenta predisposizione – non senza il coinvolgimento dell'Università e di tutti gli *stake-holders* del territorio, accanto alle varie istituzioni – di un eccellente Piano Strategico Metropolitano (atto di indirizzo già contemplato dal disposto del comma quarantaquattresimo dell'art. 1 della legge 56/2014)<sup>61</sup>, i cui contenuti dovranno essere compatibili con quelli degli altri strumenti urbanistici di pianificazione e gestione (nel cui novero, ad esempio, quanto agli Enti Parco, da non trascurare, rientrano – come stabilito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 121/2018 – i piani e i regolamenti di parco) nonché con quelli di qualsivoglia mezzo progettuale (ad esempio, quanto alle fondazioni di partecipazione dedite alla conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale<sup>62</sup>, parimenti da non

---

<sup>59</sup>M. TOCCI, *Lineamenti sul contratto di sponsorizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2015; ID., *Idee per l'attrazione e l'impiego delle sponsorizzazioni nelle aziende culturali*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), 24 gennaio 2020.

<sup>60</sup>P. URBANI, *Le funzioni di pianificazione della Città metropolitana*, in [www.urbanisticainformazioni.it](http://www.urbanisticainformazioni.it), 09 marzo 2013, pp. 1 e ss.

<sup>61</sup>G. PERULLI, *Il Piano Strategico Metropolitano*, Torino, 2015.

<sup>62</sup>M. TOCCI, *Rilevanza economica dei servizi culturali quali servizi pubblici locali*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), 21 febbraio 2020.

dimenticare, i – pur non tipizzati normativamente - *Piani Unitari di Sviluppo Economico dei Musei*<sup>63</sup>).

Conclusivamente, non è più rinviabile l'appuntamento con la storia; anche perché non sembra destinata a sopravvivere per lungo tempo l'ibrida e informe aggregazione della *Rete Metropolitana del Nord Sardegna*, praticamente una semplice unione di Comuni istituita dalla legge regionale sarda 04 febbraio 2016 n. 2 a decorrere dall'anno 2017.

---

<sup>63</sup> M. TOCCI, *Il Piano Unitario di Sviluppo Economico dei Musei (P.U.S.E.M.)*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), 20 settembre 2019.

*Nota a Sentenza n. 186 del 09 Luglio 2020 della Corte Costituzionale italiana.*

## **IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA POLITICHE MIGRATORIE E TUTELA DELL'ORDINE PUBBLICO E SICUREZZA, NEL RISPETTO DEI DIRITTI FONDAMENTALI**

**Silvio Quinzone**

**ABSTRACT** [ITA]: L'articolo esamina la recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 186/2020 con la quale sono state decise le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Milano, Ancona e Salerno sulla disposizione che preclude l'iscrizione anagrafica degli stranieri richiedenti asilo, introdotta con il primo "Decreto sicurezza" (d. l. n. 113 del 2018). La Consulta ha ritenuto che la predetta esclusione dei richiedenti asilo dall'iscrizione anagrafica, invece di aumentare il livello di sicurezza pubblica, finisce col limitare le capacità di controllo e di monitoraggio dell'autorità pubblica su persone che soggiornano regolarmente nel territorio statale, anche per lungo tempo, in attesa della decisione sulla loro richiesta di asilo. Inoltre, negare l'iscrizione all'anagrafe a chi dimora abitualmente in Italia significa trattare in modo differenziato e indubbiamente peggiorativo, senza una ragionevole giustificazione, una particolare categoria di stranieri. Pertanto, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, c. 1-bis, del d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142, come introdotto dall'art. 13, c. 1, lettera a), numero 2), del d. l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, rilevando la fondatezza del contrasto con l'art. 3 Cost. e non con l'art. 77 Cost. Dopo una analitica lettura dell'apparato argomentativo delle ordinanze dei Giudici rimettenti e delle motivazioni della Corte, si dà atto, in conclusione, del fatto che il legislatore ha già tenuto conto dell'intervenuta censura, prevedendone la ricezione nell'imminente modifica dei decreti sicurezza.

**ABSTRACT** [ENG]: The article examines the very recent sentence of the Constitutional Court no. 186/2020 with which the issues of constitutionality raised by the Courts of Milan, Ancona and Salerno on the provision that precludes the registration of foreigners seeking asylum, introduced with the first "Security Decree" (Legislative Decree 113 of 2018) were decided. The Council held that the aforementioned exclusion of asylum seekers from registration, instead of increasing the level of public security, ends up limiting the control and monitoring capabilities of the public authority on people who regularly reside in the state, also for a long time, waiting for the decision on their asylum request. Furthermore, denying registration to the registry office to those who habitually reside in Italy means treating a particular category of foreigners in a differentiated and undoubtedly pejorative way, without reasonable justification. Therefore, the constitutional illegitimacy of art. 4, c. 1-bis, of the d. lgs. 18 August 2015, n. 142, as introduced by art. 13, c. 1, letter a), number 2), of d. L. 4 October 2018, n. 113, converted, with amendments, into law 1 December 2018, n. 132, noting the validity of the contrast with art. 3 of the Constitution and not with art. 77 of the Constitution. After an analytical reading of the argumentative apparatus of the orders of the referring Judges and the reasons of the Court, it is acknowledged, in conclusion, that the legislator has already taken into account the censorship, foreseeing its receipt in the imminent amendment of the safety decrees.

**SOMMARIO:** **1.** Premessa introduttiva. – **2.** La disposizione normativa censurata. – **3.** Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Milano, Ancona e Salerno: i giudizi principali e le fattispecie concrete. – **4.** I profili di contrasto individuati in riferimento ai parametri costituzionali e sovranazionali evocati. – **5.** L'intervento della Consulta sull'art. 13 del d. l. n. 113/2018: la fondatezza dei vizi di legittimità denunciati in riferimento all'art. 3 Cost. – **6.** Brevi considerazioni conclusive.

## 1. Premessa introduttiva.

Il 9 luglio 2020 la Corte costituzionale tramite il proprio ufficio stampa, che cura anche il profilo *social Twitter* “@Cortecost”, pubblicava il consueto comunicato con il quale si rende noto il dispositivo delle decisioni, in attesa del deposito della sentenza. Per l’occasione il titolo della “velina” era: **“Decreto sicurezza: irragionevole la norma che preclude l’iscrizione anagrafica ai richiedenti asilo”**. Ciò lascia intendere chiaramente che la Corte si è occupata delle disposizioni del tanto dibattuto D. L. 4 ottobre 2018, n. 113<sup>1</sup>, recante *“Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”* (G.U. Serie Generale n. 231 del 04-10-2018) entrato in vigore il 05/10/2018, anche conosciuto come il primo<sup>2</sup> *“Decreto sicurezza”*<sup>3</sup>.

Or dunque, la Corte, il giorno prima (08.07.2020), è stata impegnata a dirimere dubbi di costituzionalità inerenti uno dei più discussi, sia a livello politico che sociale, provvedimenti del Governo Conte-I, censurando l’art. 13 (Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica), c. 1, lett. a), n. 2)<sup>4</sup>, del citato decreto legge n. 113/2018, convertito, con modificazioni, nella legge 01 dicembre 2018, n. 132, laddove aggiunge il comma 1-bis all’art. 4 (Documentazione), del d. lgs. 142/2015<sup>5</sup>, affrontando la problematica dell’esclusione dei richiedenti asilo dall’iscrizione anagrafica, in attesa della definizione della relativa domanda di protezione internazionale, ma non in rapporto all’art. 77, c. 2, della Costituzione circa i requisiti di necessità e di urgenza dei decreti legge, bensì sotto il più preminente profilo dell’incostituzionalità di tale previsione aggiuntiva per violazione dell’articolo 3 della Carta fondamentale (principio di uguaglianza), sotto un duplice e rilevante profilo: *“per irrazionalità intrinseca, poiché la norma censurata non agevola il perseguimento delle finalità*

<sup>1</sup> Decreto Legge convertito con modificazioni dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132, pubbl. in G.U. del 03/12/2018, n. 281.

<sup>2</sup> Per distinguerlo dal successivo, *cd. “Decreto sicurezza bis”*, D. L. 14 giugno 2019, n. 53 recante *“Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica”*, pubblicato in G.U. Serie Generale n. 138 del 14-06-2019 ed entrato in vigore il 15/06/2019. Decreto Legge convertito con modificazioni dalla L. 8 agosto 2019, n. 77 (in G.U. 9/08/2019, n. 186).

<sup>3</sup> Per ogni approfondimento: A. CONZ & L. LEVITA, *“Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D. l. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132”*, Dike Giuridica Editrice, 2018.

<sup>4</sup> Segue il testo integrale: *“Art. 13 – Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica – 1. Al decreto legislativo 18 agosto:2) dopo il comma 1, è inserito il seguente: «1 -bis. Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non costituisce titolo per l’iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell’articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286»”*.

<sup>5</sup> Recante *“Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale”*.

di controllo del territorio dichiarate dal decreto sicurezza; per irragionevole disparità di trattamento, perché rende ingiustificatamente più difficile ai richiedenti asilo l'accesso ai servizi che siano anche ad essi garantiti".

**Una pronuncia** che, anche *prima facie*, si presenta **particolarmente argomentata** e che azzera una criticità segnalata da tempo da più parti: addetti agli uffici anagrafe, avvocati, sindaci, sindacati, giuristi ed esponenti di associazioni per la tutela dei diritti umani ed anche di altra natura come, ad esempio, l'ASGI (Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione), con un riverbero positivo sull'aspetto del relativo, sempre più crescente, contenzioso, ma più di ogni altra, si è provveduti ad **eliminare una vera e propria ipotesi di disparità di trattamento, fuor di dubbio palesemente differenziata e peggiorativa per una specifica categoria di stranieri**, tra le persone che dimorano abitualmente ed a vario titolo nel nostro Paese, senza un'apparente ed in particolar modo ragionevole giustificazione, **ristabilendo, tra costoro, la giusta e "pari dignità sociale"**.

## 2. La disposizione normativa censurata.

L'art. 13, del già citato decreto legge n. 113/2018, è una norma che si innesta in un **provvedimento di più ampio respiro**, fortemente voluto dal Ministro dell'Interno *pro tempore*, nell'ambito di un'articolata e complessa azione riorganizzativa, concernente il sistema di riconoscimento della protezione internazionale e le forme di tutela complementare, alla cui base vi è **una modifica sostanziale delle policy riguardanti l'intero sistema di accoglienza e le regole sulla cittadinanza, che ha avuto un impatto significativo su tutto il flusso migratorio verso l'Italia**: dall'identificazione all'accoglienza, dalle procedure per la protezione internazionale all'integrazione<sup>6</sup>.

Le misure più rilevanti, senza addentrarci troppo nell'analisi delle rispettive norme, attengono al **restringimento delle condizioni del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), allungamento del periodo di reclusione nei centri permanenti per il rimpatrio (CpR) e di quello di trattenimento negli hotspot, si abroga l'istituto del permesso di soggiorno per motivi umanitari<sup>7</sup>**, anche se

<sup>6</sup> Per ogni approfondimento: C. VIRGA, "Migrazioni, Diritto d'asilo e sistema d'accoglienza. Una riflessione sul concetto d'integrazione e sulle conseguenze della Legge 132/2018", Editore Spring, 2020.

<sup>7</sup> Fino all'autunno del 2018 l'Italia poteva riconoscere tre diversi tipi di protezione a chi ne facesse richieste: *status* di rifugiato, protezione sussidiaria e umanitaria. In breve: Lo *status* di rifugiato in un paese straniero è riconosciuto a chi dimostra un fondato timore di subire nel proprio paese una persecuzione per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, secondo la definizione della Convenzione di Ginevra del 1951; Protezione riconosciuta a persone che, pur non possedendo i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, sono protette in quanto a rischio di subire un danno grave (ovvero condanna a morte, tortura, minaccia alla vita in caso di guerra interna o internazionale) al rientro nel loro Paese d'origine; La protezione umanitaria può essere rilasciata dal Questore qualora ricorressero "seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano", anche in caso

mantiene, ed in parte ridefinisce, alcuni permessi di soggiorno speciali<sup>8</sup> (per vittime di violenza o di grave sfruttamento, condizioni di salute di eccezionale gravità, situazioni contingenti di calamità naturale nel Paese di origine), **la revoca della cittadinanza nel caso di condanna per reati legati al terrorismo, nuovi limiti per la concessione della protezione internazionale e il decadimento dallo status di rifugiato per chi viene condannato in primo grado per alcuni reati.**

Questi interventi appaiono riconducibili principalmente alle seguenti finalità di fondo: da un lato quella di **intervenire sulla disciplina della protezione internazionale, di rafforzare i dispositivi della sicurezza pubblica**, con particolare, ma non esclusivo, riferimento alla minaccia del terrorismo e alla criminalità di tipo mafioso, dall'altro mirano ad **una gestione più efficiente ed efficace gestione del fenomeno migratorio nonché ad introdurre misure di contrasto alla possibile richiesta strumentale e conseguente ampia accettazione, della domanda di protezione internazionale.**

Ebbene, l'articolo 13 del decreto legge in parola, rubricato "Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica", prevede – come già detto – che il permesso di soggiorno per richiesta asilo non consenta l'iscrizione all'anagrafe dei residenti, fermo restando che esso costituisce documento di riconoscimento.

L'articolo *de quo* **va a modificare le disposizioni dettate dal D. Lgs. n. 142 del 2015** in materia di domiciliazione e iscrizione anagrafica del richiedente asilo<sup>9</sup>. **In particolare, la lettera a) modifica l'articolo 4 che disciplina il rilascio del permesso di soggiorno per richiesta asilo, inserendo contestualmente due nuove disposizioni.**

Quindi, se da un lato si esplicita che il permesso di soggiorno per richiesta asilo costituisce documento di riconoscimento ai sensi del T. U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, adottato con D.P.R. n. 445/2000<sup>10</sup>, dall'altro si stabilisce che il medesimo permesso di soggiorno

di diniego alla richiesta di asilo. La durata variava dai 6 mesi ai 2 anni. Si trattava di un tipo di permesso di soggiorno introdotto in Italia nel 1998 all'interno del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 recante "*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*", in aggiunta alle altre due tipologie di tutela.

<sup>8</sup> Introduce, inoltre, un nuovo permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile.

<sup>9</sup> Fa d'uopo ricordare che, al momento della richiesta di protezione internazionale viene lasciata una ricevuta attestante la presentazione della domanda di protezione internazionale che costituisce permesso di soggiorno provvisorio. Successivamente, il richiedente ottiene un permesso di soggiorno per richiesta asilo della durata di sei mesi (equivalente al termine entro cui la procedura per il riconoscimento o il diniego della protezione internazionale, da parte della Commissione territoriale, dovrebbe concludersi), ferma restando la rinnovabilità del permesso di soggiorno per richiesta asilo, fino alla decisione sulla domanda di protezione o sull'impugnazione del suo diniego (art. 4, D.lgs. n. 142/2015).

<sup>10</sup> In particolare, ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. c) del citato DPR n. 445 del 2000 per documento di riconoscimento si intende ogni documento munito di fotografia del titolare e rilasciato, su supporto cartaceo, magnetico o informatico, da una pubblica amministrazione italiana o di altri Stati, che consenta l'identificazione personale del titolare.

non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del regolamento anagrafico<sup>11</sup> (D.P.R. n. 223/1989) e dell'art. 6, c. 7 del T. U. delle disposizioni in materia di immigrazione (D. Lgs. n. 286 del 1998). Pertanto, la disposizione in esame ha un suo punto di evidenza nel quadro delle misure introdotte con il decreto-legge n. 113/2018, **in quanto deroga al principio espresso nel già citato T. U. sull'immigrazione (D. lgs. n. 286/1998), per i titolari di un permesso di soggiorno per richiesta asilo**<sup>12</sup>.

Secondo i redattori del testo normativo in esame, che sarà successivamente molto chiacchierato e poi tacciato di incostituzionalità, **l'esclusione dall'iscrizione anagrafica si giustificava per la precarietà del permesso di soggiorno per richiesta asilo e rispondeva alla necessità di definire in via preventiva la condizione giuridica del richiedente** (come sostiene in giudizio l'Avvocatura dello Stato nei propri scritti e, ancora prima, il Governo in occasione della conversione in legge del D. L., come si legge nella relazione illustrativa al D. L. 4 ottobre 2018, n. 113 - Atto Senato n. 840 - XVIII Legislatura).

Riguardo alla restante parte della disposizione in esame, sia pur in somma sintesi, alla **lettera b)** del comma 1 dell'articolo 13 (non censurata) si riscrive interamente il comma 3 dell'articolo 5 (Domicilio) del D. Lgs. n. 142/2015, apportando modifiche di coordinamento rispetto a quanto previsto dalla lettera precedente, stabilendo che l'accesso ai servizi previsto dal decreto medesimo e a quelli erogati comunque ai sensi delle norme vigenti, è assicurato nel **luogo di domicilio** come individuato ai sensi dei commi 1 e 2 del medesimo articolo<sup>13</sup>. Il testo previgente stabiliva che il centro o la struttura di accoglienza per il richiedente titolare del permesso di

<sup>11</sup> Per anagrafe della popolazione residente si intende la raccolta sistematica dell'insieme delle posizioni relative alle singole persone, alle famiglie ed alle convivenze che hanno fissato nel comune la residenza, nonché delle posizioni relative alle persone senza fissa dimora che hanno stabilito nel comune il proprio domicilio (art. 1, regolamento anagrafico). Il regolamento si conforma all'art. 1 della legge 1228/1954 (cd. legge anagrafica) ai sensi del quale: *"In ogni Comune deve essere tenuta l'anagrafe della popolazione residente. Nell'anagrafe della popolazione residente sono registrate le posizioni relative alle singole persone, alle famiglie ed alle convivenze, che hanno fissato nel Comune la residenza, nonché le posizioni relative alle persone senza fissa dimora che hanno stabilito nel Comune il proprio domicilio, in conformità del regolamento per l'esecuzione della presente legge"*.

<sup>12</sup> Fa d'uopo richiamare, l'art. 6, c. 7 del T.U. immigrazione, in base al quale *"le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione. In ogni caso la dimora dello straniero si considera abituale anche in caso di documentata ospitalità da più di tre mesi presso un centro di accoglienza. Dell'avvenuta iscrizione o variazione l'ufficio dà comunicazione alla questura territorialmente competente"*.

<sup>13</sup> Il richiamato comma 1 prevede che il richiedente protezione internazionale comunichi il proprio domicilio o residenza tramite dichiarazione da riportare nella domanda di protezione internazionale. Ogni eventuale successivo mutamento del domicilio o residenza è comunicato dal richiedente alla medesima questura e alla questura competente per il nuovo domicilio o residenza. Il comma 2 definisce luogo di domicilio, per i richiedenti li trattenuti, l'indirizzo del centro di permanenza temporanea (ex CIE di cui all'articolo 6 del decreto legislativo n. 142), o del centro governativo di prima accoglienza (di cui all'articolo 9) o delle strutture temporanee di cui all'articolo 11 o della struttura del sistema SPRAR di cui all'articolo 14.

soggiorno costituisse il **luogo di dimora abituale per l'iscrizione anagrafica** ai sensi del citato art. 6, co. 7 del T.U. sull'immigrazione. Viene inoltre modificato il comma 4 dell'articolo 5, nel senso di riconoscere in capo al Prefetto competente, in base al luogo di presentazione della domanda ovvero alla sede della struttura di accoglienza, il potere di stabilire un luogo di domicilio (e non più di residenza) o un'area geografica ove il richiedente può circolare<sup>14</sup>.

Infine, alla **lettera c)** del comma 1 dell'articolo 13 (anch'essa non censurata), viene abrogato l'articolo 5-*bis* (Iscrizione anagrafica) del d. lgs. n. 142 del 2015 (introdotto dall'art. 8, co. 1, lett. a-*bis* del D. L. n. 13/2017), il quale prevede l'iscrizione obbligatoria nell'anagrafe della popolazione residente del richiedente protezione internazionale ospitato nei centri di accoglienza, che non vi risulti già iscritto individualmente.

Anche queste due ultime lettere dell'art. 13 esaminato, saranno poi travolte, dalla pronuncia di incostituzionalità n. 186/2020, in via consequenziale ed ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

Appare il caso di sottolineare che la rilevanza delle modifiche previste dalla norma in parola, è dovuta al fatto che **all'iscrizione anagrafica è connesso l'esercizio di alcuni diritti sociali**.

In particolare, l'iscrizione anagrafica è il necessario presupposto, ad esempio, per:

- **l'accesso all'assistenza sociale e la concessione di eventuali sussidi o agevolazioni previste da ogni comune**, ad esempio quelle basate sulle condizioni di reddito, verificate mediante l'indicatore ISEE, erogati dalla pubblica amministrazione o da soggetti dalla stessa delegati;
- **l'accesso ad altri diritti sociali**, tra i quali la partecipazione a bandi per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, i sussidi per i canoni di locazione o l'acquisto della prima casa od anche il diritto al reddito di cittadinanza;
- **diritti di partecipazione popolare all'amministrazione locale**, previsti dagli statuti comunali;
- **la facoltà di presentare determinate dichiarazioni da rendersi davanti all'Ufficiale di Stato civile in materia di cittadinanza;**
- **per il rilascio della carta di identità e delle certificazioni anagrafiche;**

---

<sup>14</sup> In base al vigente quadro normativo (art. 5, D. Lgs. 142 del 2015), il richiedente ha l'obbligo di comunicare alla Questura il proprio domicilio o residenza, così come ogni successivo mutamento. Tale obbligo si intende assolto tramite dichiarazione del richiedente da riportare nella domanda di protezione internazionale. L'indirizzo del centro o della struttura di accoglienza, per il richiedente che vi si trovi, costituisce il domicilio agli effetti del procedimento di riconoscimento della protezione internazionale e del trattenimento.

- per chiedere e ottenere il conseguimento della patente di guida italiana o la conversione della patente di guida estera (art. 118-*bis* codice della strada)<sup>15</sup>;
- altre prestazioni relative al Servizio sanitario nazionale, diversi dalle cure urgenti ed essenziali, ancorché continuative (art. 35 TU immigrazione) ed all'accesso all'istruzione universitaria ed ai relativi interventi per il diritto allo studio.

### **3. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Milano, Ancona e Salerno: i giudizi principali e le fattispecie concrete.**

In data 8 luglio 2020 la Corte Costituzionale ha esaminato le questioni di costituzionalità sottoposte alla stessa per il tramite di **quattro distinte ordinanze dei Tribunali di Milano, Ancona e Salerno** (rispettivamente, ai nn. 145, 153, 158 e 159 del registro ordinanze 2019 e pubblicate nelle G. U. della Repubblica, nn. 39, 40 e 41, I serie speciale, dell'anno 2019), che hanno dato la stura al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, ponendo appunto la questione di legittimità relativamente alla norma impugnata (art. 4, c. 1° *bis*, del decreto legislativo 18/08/2015, n. 142, come introdotto dall'art. 13, c. 1°, lett. a), n. 2, del decreto-legge 04/10/2018, n. 113, convertito, con modificazioni, nella legge 01/12/2018, n. 132), al fine di **dichiarare l'illegittimità del rifiuto degli Enti locali interessati da richieste di iscrizione all'anagrafe dei residenti da parte di soggetti stranieri richiedenti asilo**. Tale condotta, al di sopra di tutto, si configurerebbe discriminatoria per violazione del principio di parità di trattamento tra cittadini italiani e stranieri in riferimento ad una pluralità di parametri costituzionali, nonché in relazione a fonti sovranazionali, che di seguito vedremo.

La questione sottoposta in questi termini al vaglio della Corte delle leggi è stata decisa in data 9 luglio 2020 con la **sentenza n. 186 del 2020, Presidente, dott.ssa Marta Cartabia e redattore, dott.ssa Daria de Pretis, le cui motivazioni sono state depositate il 31 luglio successivo** (pubblicata in G. U. il 05/08/2020), **ritenendo fondate le censure sollevate da tutti i Giudici rimettenti, in riferimento all'art. 3 Cost.**

<sup>15</sup> Fonte: Linee guida sul diritto alla residenza dei richiedenti e beneficiari di protezione internazionale, a cura del Servizio Centrale del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR). Il Quaderno è stato curato: per il Servizio Centrale dello SPRAR da Lucia Iuzzolini e Cristina Passacantando per UNHCR da Andrea De Bonis e Costantino Giordano da ASGI - Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione per ANUSCA da Romano Minardi e finito di stampare in dicembre 2014. Il testo integrale al seguente link: [https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/Il\\_diritto\\_alla\\_residenza\\_di\\_richiedenti\\_e\\_beneficiari\\_di\\_protezione\\_internazionale\\_\\_Linee\\_guida.pdf](https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/Il_diritto_alla_residenza_di_richiedenti_e_beneficiari_di_protezione_internazionale__Linee_guida.pdf)

Ma vediamo in dettaglio le vicende dei giudizi principali nell'ambito dei quali sono state sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 77, c. 2, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 2, paragrafo 1, Prot. n. 4 CEDU<sup>16</sup>, nonché in relazione agli artt. 14 CEDU<sup>17</sup> e 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici<sup>18</sup>, le questioni di legittimità costituzionale relativamente alla norma suindicata, introducendo il relativo giudizio di legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale (ex art. 23 della L. 11 marzo 1953, n. 87). Davanti alle Autorità giudiziarie di merito, pendevano **ricorsi<sup>19</sup> instaurati da soggetti stranieri titolari di un permesso di soggiorno per richiesta di asilo**, nei confronti dei Comuni di Milano, Ancona e Salerno e del competente Ministero dell'interno e, per essi, dei Sindaci interessati, anche nella loro qualità di ufficiali del Governo per l'esercizio delle funzioni di ufficiale dell'anagrafe, **ed aventi ad oggetto l'impugnazione del rifiuto espresso dai citati Enti locali alla loro iscrizione all'anagrafe dei residenti**.

Nello specifico delle fattispecie, i ricorrenti si sono rivolti ai suindicati Tribunali al fine di ottenere «la dichiarazione di illegittimità e l'accertamento del carattere discriminatorio del rifiuto opposto dai suddetti Enti comunali alla loro iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente», ciò ai sensi dell'art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dell'art. 15 del d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 recante *“Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286”*, nonché per violazione del «principio paritario, sotto il profilo della nazionalità» (ai sensi dell'art. 3 Cost., dell'art. 14 CEDU e dell'art. 43 del d.lgs. n. 286 del 1998), **chiedendo, conseguentemente, di ordinare ai Sindaci**

<sup>16</sup> L'art. art. 2, paragrafo 1, del Protocollo n. 4 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 16 settembre 1963 e reso esecutivo con il d.P.R. 14 aprile 1982, n. 217, che riconosce taluni diritti e libertà diversi da quelli che figurano già nella convenzione e nel suo primo protocollo addizionale.

<sup>17</sup> Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

<sup>18</sup> Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881.

<sup>19</sup> I giudizi davanti ai Tribunali di Ancona e di Salerno sono procedimenti cautelari ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. promossi sul presupposto del pregiudizio grave e irreparabile che potrebbe derivare al ricorrente dal diniego di iscrizione anagrafica (conseguente all'applicazione della norma censurata), in attesa della decisione di merito. In questi giudizi i rimettenti hanno concesso la misura cautelare «con riserva di confermare il provvedimento o caducarlo, ordinando quindi la cancellazione dell'iscrizione, all'esito del giudizio di costituzionalità» (in questi termini, il Tribunale di Ancona).

Mentre il giudizio davanti al Tribunale di Milano è un procedimento sommario di cognizione promosso con ricorso ex art. 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), ed ex art. 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nonché ex art. 702-bis cod. proc. civ.

## **l'immediata iscrizione dei soggetti richiedenti nel registro anagrafico della popolazione residente.**

Nelle richiamate ordinanze di rimessione, ogni Giudice *a quo*, dopo aver argomentato circa la presenza, nei casi di specie, dei presupposti per l'esercizio dell'azione antidiscriminatoria ed i relativi nocuenti cagionati in capo ai richiedenti per la mancata iscrizione anagrafica *“laddove esclude a priori il computo del periodo trascorso come richiedente asilo [...] ai fini dell'esercizio di tutti quei diritti che sono collegati alla durata della residenza» (tra cui quelli all'acquisizione della cittadinanza, all'accesso all'edilizia popolare e al cosiddetto reddito di cittadinanza)”,* passa a discettare della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale ai fini della definizione del giudizio *de quo*, sottolineando, in tal senso, che *“sia l'Amministrazione comunale sia il Ministero abbiano riconosciuto che la disposizione censurata (e le successive circolari del Ministero dell'interno) «non lasci[a] alcun margine di discrezionalità al Sindaco, in qualità di Ufficiale dell'anagrafe». Dunque, il diniego dell'iscrizione anagrafica discenderebbe dall'applicazione della norma censurata, come, tra l'altro, risulta dalla motivazione del provvedimento”*.

Si conclude, dunque, tale aspetto della questione affermando che *“non vi sarebbero dubbi sulla riconducibilità del caso di specie alla fattispecie prevista dalla disposizione censurata. Inoltre, l'eventuale caducazione di quest'ultima, pur non comportando la reintroduzione della disciplina di favore prevista dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 142 del 2015, consentirebbe ai richiedenti asilo di procedere all'iscrizione anagrafica alle stesse condizioni degli altri stranieri regolari e dei cittadini italiani”*, ciò in quanto i rigetti opposti ai ricorrenti trovano la loro ragion d'essere proprio nella motivazione addotta dagli Ufficiali delegati che si basa esclusivamente sul disposto di cui al citato art. 4, c. 1-bis del d. lgs. n. 142/15, che era, dunque, una norma di per sé chiara e dirimente, nei casi in esame.

Nel merito di quanto rappresentato dai ricorrenti, i Giudici interpellati, in generale, ritengono che non vi sia dubbio che il permesso di soggiorno per richiesta di asilo costituisce non solo un documento di riconoscimento ma anche l'attestazione della permanenza sul territorio nazionale del migrante a qualsiasi fine.

In punto di non manifesta infondatezza, i titolari dei giudizi sospesi, **hanno ritenuto che la disposizione non vada esente da censure di incostituzionalità** che, d'altro canto, **non sussistevano margini di una possibile interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata conforme a Costituzione**<sup>20</sup>. Così, in tali circostanze, **i Giudici a quibus hanno rimesso le**

<sup>20</sup> Va anche rilevato che la difesa dei due ricorrenti costituitisi nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale ha escluso che il diniego di iscrizione anagrafica possa essere giustificato in ragione della precarietà e della temporaneità del permesso di soggiorno per richiesta di asilo, in quanto né l'una né l'altra di queste caratteristiche è impeditiva della fissazione di una dimora abituale nel territorio italiano. Ciò, indubbiamente, incide fortemente su un diritto fondamentale della persona, quello ad avere la residenza nel luogo di dimora

**questioni di legittimità costituzionale** della disciplina applicabile, illustrando nel dettaglio le ragioni dell'asserita violazione della norma censurata rispetto alle norme costituzionali, al cospetto delle quali si lamenta un esiziale contrasto di legittimità, foriero di significativi pregiudizi per i ricorrenti<sup>21</sup>.

#### **4. I profili di contrasto individuati in riferimento ai parametri costituzionali e sovranazionali evocati.**

I Giudici rimettenti, ritenuta la rilevanza della questione di legittimità delineatasi nel corso dei distinti giudizi *a quibus* e valutata la non manifesta infondatezza della stessa, hanno enucleato i **dedotti profili di contrasto con diversi precetti costituzionali**, ognuno nella propria ordinanza di rimessione, ai quali si è cercato di dare una complessiva lettura e, di seguito, raggruppare in un'unitaria sintesi argomentativa.

**In primo luogo, viene in rilievo l'art. 2 della Costituzione, in relazione alla violazione di diritti umani fondamentali ivi tutelati.** Ciò in quanto, si rappresenta, dall'impossibilità di esercitare taluni diritti della persona ne discende **un ostacolo al libero esplicarsi della personalità e delle capacità del soggetto, sia come singolo, sia nel tessuto socio-economico ove prova a radicarsi.** Difatti, la disposizione sottoposta a scrutinio della Corte delle Leggi, impedisce al richiedente asilo l'accesso ad una moltitudine di servizi assistenziali e sociali (ai quali si è accennato sopra), necessari per il godimento del tempo che egli trascorre sul territorio italiano, per l'integrazione nel tessuto sociale<sup>22</sup>.

Ma i rimettenti vanno anche oltre e sottolineano, inoltre, «**la centralità della persona**» come nota caratterizzante l'art. 2 Cost., il quale «**non fa solo riferimento all'individuo in quanto partecipe di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umano**», titolare della relativa dignità. Quest'ultima da valutare,

---

abituale che, invece, dovrebbe spettare di per sé, indipendentemente dai servizi territoriali cui lo straniero può essere ammesso.

<sup>21</sup> I signori A. H. e A. S., rispettivamente ricorrenti nei giudizi innanzi al Tribunale di Milano e di Ancona, si sono anche costituiti nel giudizio incidentale di legittimità innanzi alla Corte Costituzionale, unitamente agli atti di intervento in giudizio *ad adiuvandum*, ai sensi dell'art. 4 delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale" del 16 marzo 1956 e successive modificazioni, a sostegno delle ragioni delle parti ricorrenti delle associazioni ASGI-Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione ed Avvocati per Niente Onlus.

Per le amministrazioni convenute nel giudizio *a quo*, si sono costituiti il Comune di Milano, chiedendo che le questioni sollevate siano ritenute ammissibili e fondate nonché il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo, invece, che le questioni sollevate siano dichiarate inammissibili o infondate.

<sup>22</sup> L'iscrizione anagrafica registra la volontà delle persone, italiane o straniere, che, avendo una dimora, hanno fissato in un determinato Comune la propria residenza oppure, non avendo una dimora, hanno stabilito nello stesso Comune il proprio domicilio.

dunque, nella sua dimensione individuale e sociale, diventando «presupposto dell'identificazione di se stessi anche e soprattutto mediante lo sviluppo di **un senso di appartenenza con la comunità locale presso cui si decide di fissare la propria stabile dimora**». A questi fini, la maturazione del senso di appartenenza sarebbe prodromica rispetto all'inserimento dell'individuo nella società, al cui interno potrà svolgersi la sua personalità (come sancito dall'art. 2 Cost.). In tale prospettiva, infatti, **l'iscrizione anagrafica costituirebbe «un passo essenziale di quel processo di integrazione a cui sono chiamati tanto lo straniero quanto la società presso cui egli si stabilisce».**

Diversamente, il diniego opposto ai richiedenti l'iscrizione anagrafica equivarrebbe a **lasciare gli stessi al margine della collettività, confinandolo in un "non luogo" giuridico e sociale**», che costituisce un limite alla libera e dignitosa crescita della sua personalità e che appare incompatibile con la sua partecipazione alla vita economica, sociale e culturale del Paese in cui vive.

Ma vi è di più, la dignità umana e, quindi, i diritti necessari alla sua garanzia che non spettano solo ai cittadini, trova inconfutabile conferma nei principi di eguaglianza e di parità sociale contenuti nel successivo art. 3 Cost.». Infatti, **la rappresentata violazione dell'art. 2 Cost. viene valutata anche in relazione al successivo articolo 3**, in riferimento al quale, i rimettenti fanno leva, in particolare, sul comma 2, che impone una tutela effettiva concessa dallo Stato ed un trattamento differenziato ammissibile solo se riconducibile ad analoghi principi ispiratori.

Si sostiene, *in primis* e riguardo all'eccepita **"precarietà del permesso di soggiorno per richiedenti asilo"**, che in concreto *"non parrebbe integrare un'idonea giustificazione di tali trattamenti differenziati, posto che il nostro ordinamento possiede tutti i meccanismi atti a consentire, nel caso di rigetto della domanda tendente ad ottenerne la protezione internazionale, la cancellazione dalle liste anagrafiche con revoca della residenza, senza che ciò debba necessariamente compromettere medio tempore il godimento dei diritti e l'accesso ai servizi atti a condurre una vita dignitosa"*.

A tal proposito, viene richiamato l'orientamento della stessa Corte Costituzionale secondo il quale *"il principio di eguaglianza nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo riguarda anche il rapporto tra stranieri, per i quali dovrebbe essere uguale per tutti, salvo trattamenti in melius per taluni di essi"* (Sent. n. 54/1979) e non il contrario.

Or dunque, l'art. 4, c. 1-*bis* del D. lgs. 142/2015 (come introdotto dall'art. 13 comma 1, lett. a), n. 2, del D. L. 113/2018) che difatti costituirebbe una **deroga alla disciplina generale di cui all'art. 6, comma 7, del d. lgs. n. 286 del 1998 (non modificato) che attribuisce anche allo straniero regolarmente soggiornante in Italia – al pari del**

**cittadino italiano – l’iscrivibilità all’anagrafe della popolazione residente<sup>23</sup>, sembra porsi proprio in contrasto con il principio di uguaglianza inteso sia nella sua accezione formale, che in quella sostanziale, in quanto introduce differenziazioni tra situazioni, generando un discrimine privo però dei «requisiti di razionalità e ragionevolezza che costituiscono i parametri tradizionalmente adottati dalla Corte per svolgere il giudizio costituzionale di eguaglianza», non solo tra cittadini italiani e cittadini stranieri, ma anche tra stranieri stessi: **quelli titolari di un permesso di soggiorno per richiesta di asilo e quelli titolari di un permesso di soggiorno rilasciato per altri motivi<sup>24</sup>.****

D’altro canto, per i Giudici rimettenti, parrebbe evidente l’irrazionalità legislativa di una norma, quale quella che introduce la disposizione censurata, **che, da una parte, qualifica espressamente il permesso di soggiorno come documento di riconoscimento** (art. 13, comma 1, lettera a, numero 1, del d. l. n. 113 del 2018) **e, dall’altra, nega che questo possa servire per l’identificazione dello straniero nella procedura di iscrizione anagrafica** (art. 13, comma 1, lettera a, numero 2, del d. l. n. 113 del 2018).

Ciò, *a fortiori*, quando si escludono, senza un ragionevole motivo, per il tramite della preclusione all’iscrizione anagrafica, proprio soggetti particolarmente bisognosi del sistema di fruizione pubblica volta alla ricerca dell’occupazione (art. 22 del d. lgs. n. 142/2015) e alle politiche attive del lavoro di cui all’art. 11 del d. lgs. n. 150/2015, riservate *expressis verbis* ai residenti sul territorio italiano (lett. c) del c. 1, dell’art. 11 d. lgs. n. 150/2015)<sup>25</sup>.

Oltre a quanto riportato sin qui, come anticipato, **la questione di legittimità viene poi sollevata con riferimento agli artt. 10 e 77, c. 2, Cost.**

**La violazione del dettato del primo dei due articoli consisterebbe nell’escludere una particolare tipologia di permesso di soggiorno dall’essere documento utile per la formalizzazione della domanda di residenza, dando vita «ad un trattamento diversificato soltanto nei confronti di una categoria di stranieri regolarmente soggiornanti, ossia proprio quelli che hanno esercitato il diritto di asilo ex art. 10, comma 3, Cost.».** Mentre proprio questi ultimi, si rileva, sarebbero titolari di un diritto soggettivo perfetto al soggiorno, essendo legittimati all’ingresso e alla

<sup>23</sup> Il cittadino italiano e lo straniero, ai fini dell’iscrizione anagrafica, sono sullo stesso piano, dovendo dimostrare l’elemento oggettivo (stabile permanenza in un luogo) e quello soggettivo (volontà di rimanervi). Lo straniero, in aggiunta a questi elementi, dovrà solo dimostrare di essere regolarmente soggiornante in Italia.

<sup>24</sup> Per ogni approfondimento: P. MOROZZO DELLA ROCCA, “Immigrazione, asilo e cittadinanza”, Maggioli Editore, 2019.

<sup>25</sup> Oltre all’accesso ad una serie di altri servizi sociali, già richiamati, rispetto ai quali diventerebbe «irrilevante il fatto che l’accesso agli stessi sia comunque garantito in base al domicilio (come sostiene nei suoi scritti l’Avvocatura dello Stato) poiché il divieto di iscrizione anagrafica lederebbe pur sempre «un diritto autonomo e presupposto rispetto a questi ulteriori diritti sociali».

permanenza nel territorio dello Stato in attesa che venga definita la loro domanda di protezione internazionale.

Invece, riguardo alle ragioni dell'asserita **violazione del secondo comma dell'art. 77 Cost.** (questione sollevata, nello specifico, dal Tribunale di Milano), attenderebbero, nel caso di specie, alla mancanza di «**una motivazione circa la necessità e urgenza di introdurre il divieto di iscrizione all'anagrafe**» per i **richiedenti asilo**.

A tal riguardo, i rimettenti esaminano anche sul punto le ragioni addotte dalla compagine governativa, consistenti nell'esigenza di assicurare: **l'effettività dei provvedimenti di rimpatrio di coloro che non hanno titolo a soggiornare nel territorio nazionale**; un accurato esame delle (sempre più numerose) istanze di riconoscimento e di concessione della cittadinanza; **la massima accuratezza dell'istruttoria avviata; adeguate politiche di prevenzione della minaccia terroristica, ma valutandole di scarso pregio**. Infatti, i Giudici *a quibus* precisano che a voler ritenere le rappresentate esigenze come meritevoli di tutela per il tramite della decretazione d'urgenza, esse non rilevarebbero nel caso in esame, stante la **mancata incidenza della norma censurata sulla sicurezza nazionale, sull'efficacia dei provvedimenti di rimpatrio o sulla necessità di svolgere un'accurata istruttoria**. Anzi, *a contrario*, la corretta registrazione all'anagrafe di chi effettivamente ed abitualmente dimora in un determinato Comune finirebbe con il facilitare l'azione dell'Ente territoriale stesso e di tutti gli organi di sicurezza interessati a vari livelli<sup>26</sup>.

Inoltre, nel contestare lo strumento legislativo adottato, si sostiene che la delicatezza delle «scelte di natura politica e giuridica», adottate con il d. l. n. 113 del 2018, «**avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare**», compreso sia dall'adozione di un decreto-legge sia con l'uso della "tecnica" del maxiemendamento governativo sul quale lo stesso Governo ha proceduto con l'apposizione della questione di fiducia, in entrambi i rami del Parlamento (al Senato: voto del 7 novembre 2018; alla Camera: voto del 28 novembre 2018), in occasione della sua conversione in legge.

Da ultimo, sotto altro profilo, la norma in oggetto è stata anche **censurata per contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost.**, in punto di compatibilità della norma attenzionata con la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU)<sup>27</sup>, **ed in particolare in relazione all'art. 2** (Libertà di

<sup>26</sup> Per ogni approfondimento: M. R. Carillo, "Flussi migratori e capitale umano. Una prospettiva regionale", Carocci, 2012.

<sup>27</sup> Convenzione EDU firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

circolazione), c. 1, Prot. n. 4 CEDU, all'art. 14 (Divieto di discriminazione) CEDU e all'art. 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (1966)<sup>28</sup>.

In merito a tale aspetto, si rileva, sia pur in somma sintesi, che la violazione relativa ai citati riferimenti normativi sovranazionali muoverebbe dall'intendere l'iscrizione all'anagrafe quale «essenza stessa del fissare la residenza in un comune dello Stato» e, pertanto, **il diniego dell'iscrizione implicherebbe una lesione del diritto a scegliere liberamente la propria residenza** (sancito, appunto, dal citato art. 2<sup>29</sup>). Così come la previsione di una **compressione del diritto di stabilire liberamente la residenza per una particolare categoria di stranieri**, in linea con quanto sin qui detto, **oltre che irragionevole nell'ottica dell'art. 3 Cost., sarebbe dettata da ragioni discriminatorie**, che comporterebbero la palese violazione dell'art. 14<sup>30</sup> CEDU nonché dell'art. 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici<sup>31</sup>.

**Sulla base dei propri assunti e della ritenuta rilevanza e non manifesta infondatezza degli stessi**, a supporto dei quali, va detto, i Giudici rimettenti hanno puntualmente richiamato varie precedenti pronunce della stessa Corte: n. 62 del 1994, n. 490 del 1988, n. 54 del 1979, n. 244 e n. 177 del 1974, n. 144 del 1970, n. 11 del 1968 e n. 120 del 1967; anche di senso contrario: sentenza n. 104 del 1969<sup>32</sup>, **della questione è stata investita la Corte Costituzionale.**

<sup>28</sup> Adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966. Entrata in vigore internazionale: 23 marzo 1976.

Stati Parti al 1° gennaio 2009: 163. Autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione in Italia dati con legge n. 881 del 25 ottobre 1977 (Gazzetta Ufficiale n 333 del 7 dicembre 1977).

<sup>29</sup> Al comma 1 prevede che *“Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza”*.

<sup>30</sup> Che prevede: *“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”*.

<sup>31</sup> Che dispone: *“Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, 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”*.

<sup>32</sup> Con questa importante sentenza si sottolineava che «tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto che possano giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di quegli stessi diritti». Da tale concetto ne deriverebbe «l'esigenza di distinguere tra titolarità – estesa a tutti – e godimento – differenzialmente modulabile – di un diritto inviolabile». Di conseguenza, vi sarebbe un «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili, che deve essere riconosciuto a tutti, mentre «[l']accesso e il godimento di quella porzione di diritto inviolabile che eccede questo “nucleo” [...] ricadono nel margine di discrezionalità spettante al legislatore». In questo caso, la differenza di trattamento tra cittadino e straniero non deve sconfinare nell'irragionevolezza.

## 5. L'intervento della Consulta sull'art. 13 del d. l. n. 113/2018: la fondatezza dei vizi di legittimità denunciati in riferimento all'art. 3 Cost..

Dunque la Consulta, investita dell'interessante e dibattuta questione di legittimità sopra illustrata, dopo una succinta ma puntuale ricostruzione dei fatti di causa, procede in rito con la **riunione dei giudizi instaurati** con le richiamate quattro distinte ordinanze di rimessione **in ragione dell'identità del *petitum* e le medesime disposizioni segnalate** al sindacato della Corte, **valutando percorribile l'opportunità della loro trattazione congiunta e risoluzione con un'unica pronuncia.**

Si procede ad una preliminare ricostruzione del quadro normativo nel quale si innesta la norma denunciata, anche al fine di darne una lettura testuale nonché sistematica e chiarirne il significato. A tal fine, **i Giudici si soffermano in un passaggio ermeneutico**, dando inizialmente conto delle due opposte interpretazioni di cui è stato oggetto l'art. 13 del d. l. n. 113 del 2018 ovvero la lettera a) che modifica l'art. 4 del d. lgs. n. 142 del 2015: *“A fronte dell'interpretazione fatta propria dagli odierni rimettenti che sostengono – almeno in via principale (così il Tribunale di Milano) – l'effetto preclusivo dell'iscrizione anagrafica... si registra una diversa opzione interpretativa (sostenuta, tra i primi, da: Tribunale di Firenze, Bologna Genova... ) che, facendo leva sull'asserita ambiguità del dato letterale (e in particolare sulla formula «non costituisce titolo»), esclude che l'art. 13 del d. l. n. 113 del 2018 impedisca l'iscrizione anagrafica, dovendosi piuttosto ritenere che esso si limiti a precisare che il possesso del solo permesso di soggiorno per richiesta di asilo non è sufficiente per ottenere l'iscrizione all'anagrafe”.*

Ebbene, la Corte, anche a tal proposito, ritiene meritevole di apprezzamento la **prima interpretazione data alla norma in esame** cioè che *“la disposizione censurata precluda l'iscrizione anagrafica degli stranieri richiedenti asilo”*, illustrandone le motivate ragioni<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Ci si rifà, in buona sostanza, ai contenuti della relazione illustrativa del decreto-legge e a quella illustrativa del disegno di legge di sua conversione in cui si legge esplicitamente di *“esclusione dall'iscrizione anagrafica”*, alla relazione fatta dal direttore dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) in merito all'effetto che *“il cambiamento normativo comporterà comunque un'interruzione nella serie storica della popolazione residente”*, nonché agli scritti del Ministro dell'interno che ha individuato nella *«precarietà della loro permanenza sul territorio»* la ragione dell'esclusione dell'iscrizione anagrafica. Sono richiamate anche alcune circolari diramate dal Ministero dell'interno dopo l'entrata in vigore del d. l. n. 113 del 2018, tra le quali quella del 18 ottobre 2018, recante «D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (G.U. n. 231 del 4/10/2018), coerenti con questa lettura data alla disposizione. Si sottolinea come anche la lettura sistematica della disposizione censurata conferma questa interpretazione: il riferimento, in essa contenuto, all'art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998 deve ritenersi operato al fine di dare atto della deroga così introdotta alla previsione della disposizione richiamata. Analogamente, le disposizioni di cui all'art. 13, comma 1, lettera b), numeri 1) e 2), del d. l. n. 113 del 2018, sostituendo il «luogo di residenza» con quello di domicilio come luogo di erogazione dei servizi, confermano l'intento del legislatore di escludere i

Dopo questa fase preliminare, la Corte delle Leggi procede all'esame delle singole censure prospettate, di cui si darà conto in sintesi appresso.

Si precisa, *in primis*, che **per motivi di ordine logico e sulla scorta di quanto già fatto in casi simili** (sentenze n. 288 e n. 247 del 2019, n. 189 del 2018 e n. 169 del 2017) si esamina per prima la questione sollevata dal Tribunale ordinario di Milano, I sez. civ., **con riferimento all'art. 77, c. II, Cost., in quanto attiene ai presupposti del corretto esercizio della funzione legislativa**, in merito alla quale così ci si esprime: *“si deve ritenere che con riferimento ad essa non sia riscontrabile un'evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza. L'art. 13 si inserisce in modo omogeneo nel capo contenente le norme in materia di protezione internazionale, riguardando un aspetto dello status dei richiedenti asilo”*<sup>34</sup>. Ciò in quanto, si è ritenuto, in buona sostanza, che la scelta politica-normativa operata dal Governo di modificare con decreto-legge il sistema di riconoscimento della protezione internazionale, **alla luce di un sempre più crescente ed impegnativo (per gli uffici territoriali) afflusso dei richiedenti asilo e ai complessi problemi inerenti la gestione del fenomeno migratorio nel suo insieme** che si mira, in tal modo, a rendere più efficiente ed efficace nonché ad introdurre misure di contrasto al possibile ricorso strumentale alla domanda di protezione internazionale, **«non si può considerare manifestamente arbitraria»**<sup>35</sup>.

**Pertanto, la norma censurata sotto il profilo dell'esistenza dei presupposti del decreto-legge ed, in particolare, della rappresenta mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza, ha superato indenne il vaglio di costituzionalità.**

Così, rigettata la suindicata questione, si passa ad esaminare la disposizione incriminata di incostituzionalità, in riferimento all'altro parametro costituzionale indicato, da tutti i Giudici rimettenti, nell'art. 3, ciò sotto molteplici profili, ma **sostanzialmente perché introdurrebbe una deroga, priva dei «requisiti di razionalità e ragionevolezza»**, alla disciplina più volte richiamata dell'art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998.

Tale questione (*rectius*: questioni) di legittimità costituzionale così come prospettata dai Tribunali rimettenti, **è stata, infatti, ritenuta fondata, dichiarando assorbite tutte le altre.**

---

richiedenti asilo dal riconoscimento giuridico della dimora abituale operato per il tramite dell'iscrizione anagrafica.

<sup>34</sup> D'altronde la Corte, nella sentenza n. 194 del 2019, ha già ricondotto la norma sul divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo alle materie del «diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea», oltre che delle «anagrafi» (art. 117, secondo comma, lettere a e i, Cost.).

<sup>35</sup> Appare in caso di evidenziare che il sindacato della Corte Costituzionale sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge va limitato ai casi di evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione (cfr. sentenza n. 97 del 2019; in senso simile, sentenze n. 288 e n. 33 del 2019 e n. 137, n. 99 e n. 5 del 2018): ciò al fine di evitare la sovrapposizione tra la valutazione politica del Governo e delle Camere (in sede di conversione) e il controllo di legittimità costituzionale della Corte.

La Corte si sofferma, ritenendole dirimenti, sulle argomentazioni circa l'irrazionalità intrinseca della norma in discussione, cogliendo proprio il profilo dell'incoerenza della stessa con le finalità dichiarate e perseguite dal D. L. n. 113/2018. Ciò che fa propendere i Giudici di Palazzo Consulta per siffatta conclusione, come gli stessi ben argomentano, è la **discordanza tra le ragioni specifiche sottese alla modifica normativa**, che consisterebbe nel voler "liberare le amministrazioni comunali, sul cui territorio sono situati i centri di accoglienza degli stranieri richiedenti asilo, dall'onere di far fronte agli adempimenti in materia di iscrizione anagrafica degli stessi, una maggiore attenzione e massima accuratezza delle istruttorie avviate", attraverso l'esclusione di determinati soggetti dall'iscrizione anagrafica, **con la ratio legis complessiva del provvedimento normativo nel quale la norma denunciata si colloca**. Quest'ultima, si ricorderà, è precipuamente il voler **aumentare il livello di sicurezza sul territorio nazionale**<sup>36</sup>.

Ma a ben vedere, viene sottolineato che non si vede come l'impedire l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, possa essere un viatico per tale finalità e che, contrariamente a quanto dichiarato, **ciò determina un'oggettiva limitazione delle prerogative di controllo e monitoraggio dell'Autorità pubblica preposta sulla popolazione** che effettivamente ed in determinato periodo storico, **residente sul suo territorio interessato, incidendo negativamente sulla funzionalità delle stesse**, perché impedisce di basare la loro azione su una rappresentazione veritiera nei registri anagrafici della situazione concreta della popolazione effettivamente residente sul loro territorio.

Or dunque, si aggiunge, pur volendo riconoscere meritevole di considerazione il carico di lavoro che grava sugli uffici comunali interessati da un forte addensamento migratorio (e dai relativi centri di accoglienza) consistente nel dover sbrigare un alto numero di pratiche relative alla registrazione anagrafica dei richiedenti asilo, purtroppo **questa condizione realenon «può giustificare la "sottrazione" di una categoria di soggetti alla "presa d'atto" formale della presenza (qualificata in termini di dimora abituale) di una persona; "presa d'atto" nella quale si sostanzia l'iscrizione anagrafica»**e che rappresenta senza dubbio il «presupposto necessario per l'adeguato esercizio di tutte le funzioni affidate alla P. A., da quelle di sicurezza e ordine pubblico, sanitarie<sup>37</sup>, a quelle di regolazione e controllo degli insediamenti abitativi e di erogazione di servizi pubblici ... ».

<sup>36</sup> Per ogni approfondimento: M. BARBAGLI, "Immigrazione e criminalità in Italia", Il Mulino, 2008.

<sup>37</sup> Circa tale aspetto, la Corte non dimentica, nel prosieguo delle motivazioni, di sottolineare la particolare importanza, considerato che è proprio in base all'anagrafe dei residenti che «il Comune può avere contezza delle effettive presenze sul suo territorio ed essere in condizione di esercitare in maniera adeguata le funzioni attribuite al sindaco dall'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), soprattutto in caso di emergenze sanitarie circoscritte al territorio comunale».

Una tale prospettata situazione, conseguente alla vigenza della norma censurata, «accresce, anziché ridurre, i problemi connessi al monitoraggio» e la conseguente gestione «degli stranieri che soggiornano regolarmente nel territorio statale anche per lungo tempo<sup>38</sup>, in attesa della decisione sulla loro richiesta di asilo, finendo per questo verso col rendere problematica, anziché semplificare, la loro stessa individuazione a tutti i fini, compresi quelli che attengono alle vicende connesse alla procedura di asilo».

Affrontato questo aspetto della questione di legittimità costituzionale, si passa a considerare e condividere e, pertanto, accogliere *de plano*, le eccezioni mosse dai rimettenti in merito all'altro profilo sul quale sono state fondate le censure a supporto della medesima questione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. e, nello specifico, **per l'irragionevole disparità di trattamento tra stranieri richiedenti asilo e altre categorie di stranieri legalmente soggiornanti nel territorio statale.**

A tal proposito, superato l'apparente ostacolo frapposto dal dato letterale dell'art. 3 Cost., che si riferisce espressamente ai soli "cittadini", ma è superfluo dire che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare diritti fondamentali (sentenza n. 120 del 1967). Ma, d'altronde, è già stato chiarito dalla Consulta che è facoltà del legislatore di introdurre regimi differenziati circa il trattamento da riservare ai singoli consociati **ma solo «in presenza di una "causa" normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria»** (sentenza n. 432 del 2005). Infatti, se da un lato il legislatore può apprezzare e regolare, nella sua discrezionalità, situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà, dall'altro il sindacato giurisdizionale si insinua laddove si travalica proprio il limite unico della razionalità del suo apprezzamento (sentenza n. 104 del 1969).

In altri termini: se è vero che possono presentarsi nelle «situazioni concrete» delle particolarità che giustifichino un diverso trattamento tra differenti categorie di stranieri legalmente soggiornanti sul territorio, in ragione del motivo e della durata del loro soggiorno<sup>39</sup>, è vero anche che **la diversità di trattamento deve trovare un solido fondamento, una specifica, trasparente e razionale "causa giustificatrice", idonea a "spiegare", sul piano costituzionale, le "ragioni" poste a base della**

<sup>38</sup> Proprio a tal riguardo, la Corte delle Leggi, riprendendo le argomentazioni avanzate dall'Avvocatura dello Stato e dal Governo circa la precarietà della permanenza legale sul territorio dei richiedenti asilo, replica ricordando che «il permesso di soggiorno di cui si discute ha durata di sei mesi ed è rinnovabile «fino alla decisione della domanda o comunque per il tempo in cui il suo destinatario è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale» (art. 4 del d.lgs. n. 142 del 2015), che, nella stragrande maggioranza dei casi, il periodo complessivo di permanenza dei richiedenti asilo nel nostro Paese risulta essere di almeno un anno e mezzo (come messo in evidenza da tutti i soggetti intervenuti o costituiti nel presente giudizio), soprattutto a causa dei tempi di decisione sulle domande». Per poi concludere sul punto, che «La descritta durata, legale e fattuale, del soggiorno dello straniero richiedente asilo rappresenta, già da sola, un dato espressivo di una permanenza protratta per un arco temporale rilevante e appare inoltre particolarmente significativa.

<sup>39</sup> Così come accade, precisano i Supremi Giudici, per esempio, «nel caso della normativa che limita ai cosiddetti soggiornanti di lungo periodo il riconoscimento di determinati diritti».

**deroga»** (sentenza n. 432 del 2005)», il che non è stato riscontrato nella norma esaminata.

Ebbene, se la regola generale – come sopra illustrato – in tema di iscrizioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante è contenuta nell’art. 6, comma 7, del d. lgs. n. 286 del 1998<sup>40</sup>, al quale la norma censurata deroga (negando l’iscrizione anagrafica a stranieri che hanno la dimora abituale nel territorio italiano ma che sono anche richiedenti asilo), ponendo in una condizione differenziata ed indubbiamente peggiorativa una particolare categoria di stranieri, ciò avviene senza alcuna idonea e men che meno ragionevole motivazione.

La Corte conclude sul punto con la constatazione che **se «la registrazione anagrafica è semplicemente la conseguenza del fatto oggettivo della legittima dimora abituale in un determinato luogo, la circostanza che si tratti di un cittadino o di uno straniero, o di uno straniero richiedente asilo, comunque regolarmente insediato, non può presentare alcun rilievo ai suoi fini».**

Infine, **la Corte evidenzia anche l’aspetto sociale** di una siffatta ingiusta ed immotivata esclusione operata con il dettato normativo oggetto del giudizio, la cui portata lesiva va al di là della stessa violazione del principio di eguaglianza, concretizzandosi nella lesione irrazionale della connessa «pari dignità sociale», riconosciuta dall’art. 3 Cost. alla persona in quanto tale, a prescindere dal suo *status* e dal grado di stabilità della sua permanenza regolare nel territorio italiano. Ciò in quanto, se è lecito valorizzare le differenze tra cittadini e stranieri, **certamente non si può porre una specifica categoria di stranieri (i richiedenti asilo) in una svantaggiosa condizione di “minorazione” sociale senza idonea giustificazione**, ciò in quanto lo *status* di straniero non può essere di per sé considerato «come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi», scaturenti, a tacer d’altro, dalle concrete difficoltà di ordine pratico e burocratico connesse alle modalità di accesso ai servizi che fanno quasi sempre riferimento alla residenza e alla sua certificazione a mezzo dell’anagrafe nonché per la stessa difficoltà di individuare il luogo di domicilio, a fronte della certezza offerta, invece, dal dato formale della residenza anagrafica.

## **6. Brevi considerazioni conclusive.**

È notorio che le scelte di un Governo di indirizzare l’azione legislativa secondo certe direttive, piuttosto che altre, nel caso di specie restrittive e di chiusura, circa

---

<sup>40</sup> Fa d’uopo ricordare la regola generale ex art. 6, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998: “*Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione*”.

l'organizzazione e la gestione delle politiche in materia di immigrazione ed asilo (materia palesemente complessa e controversa), ne delineano l'approccio che le forze politiche di maggioranza hanno rispetto a tale tematica, cruciale per la vita di un Paese. Spesso le *policy* messe in campo dall'esecutivo in tale materia sono il riflesso delle promesse fatte in campagna elettorale ad ampi settori di consociati circa, appunto, problemi quali l'immigrazione irregolare, l'impatto sociale della stessa nonché il connesso incremento tasso di criminalità, che genera insicurezza, paura ecc<sup>41</sup>. Ed infatti, **l'argomento immigrazione, vista come fonte di allerta sotto il profilo della sicurezza ed ordine pubblico, in una prospettiva politico-elettorale che suggestiona ampie fasce dell'elettorato, finisce per diventare non più un fattore di uguaglianza, inclusione ed integrazione, bensì un elemento giuridico di disuguaglianza e di discriminazione**<sup>42</sup>.

Detto ciò, è altrettanto facile ricordare che recenti compagini governative (Governo cd. giallo-verde perché composto da una coalizione di M5S e Lega) hanno dato una considerevole salienza alla gestione delle politiche migratorie verso il nostro Paese<sup>43</sup>, proprio in chiave elettorale, per cui i cd. "Pacchetti sicurezza", voluti fortemente dall'allora Ministro dell'interno e segretario della Lega, Matteo Salvini, non sono altro che lo specchio della nuova impronta che si volle dare alle visioni politiche delle migrazioni e dell'asilo, della modalità di affrontare questi complessi temi, cercando dialoghi intergovernativi, rimodulando l'equilibrio tra difesa dei confini nazionali ed interessi interni, valori umanitari e le norme di protezione internazionale poste a salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali dei più deboli<sup>44</sup>.

Orbene, ciò premesso ed al netto delle tecniche redazionali e di coordinamento degli interventi legislativi adottati con il restante quadro normativo di riferimento nonché delle esaurienti prospettazioni presentate dai Giudici rimettenti e le chiari osservazioni giuridiche –normative sviscerate dalla Consulta, alle quali nulla va sicuramente aggiunto, ciò che si ritiene di evidenziare è che la vera *ratio* della norma censurata risiede nel voler dare un forte, forse atteso, segnale di discontinuità con la precedente politica di accoglienza, ritenuta troppo permissiva, dispendiosa oltre che dannosa<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Per ogni approfondimento: C. DAMBONE & L. MONTELEONE, *“La paura dello straniero. La percezione del fenomeno migratorio tra pregiudizi e stereotipi”*, Franco Angeli, Milano, 2019; E. LEVI, R. DASI MARIANI & M. MONGIARDO, *“L'ostilità verso l'immigrazione. La percezione del fenomeno migratorio: i fallimenti della politica, il framing mediatico e la socialdemocrazia europea”*, Rubbettino, 2019.

<sup>42</sup> Per ogni approfondimento: V. LANNUTTI, *“Politiche migratorie. Tra strumenti regolativi, autonomie operative, condizionamenti culturali”*, Ceris, 2014.

<sup>43</sup> Per ogni approfondimento: M. COLUCCI, *“Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri”*, Carocci, 2018.

<sup>44</sup> Per ogni approfondimento: P. BENVENUTI, *“Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali”*, Il Sirente, 2008.

<sup>45</sup> Per ogni approfondimento: G. AVALLONE, *“Il sistema di accoglienza in Italia. Esperienze, resistenze, segregazione”*, Orthotes, 2018.

A tal proposito, va rilevato come siffatto aspetto non è sfuggito nemmeno alla Corte la quale si sofferma anche sul **valore “simbolico” da attribuire all’esclusione dall’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo**, sottolineando la portata e le conseguenze, **anche in termini di stigma sociale**, operata dalla norma *de qua*, concretizzatasi materialmente **nell’impossibilità di ottenere la carta d’identità, incidendo in tal modo sulla dignità personale e sociale dell’individuo** (art. 3 Cost.).

In linea con tale lettura vi è anche una considerazione della difesa delle parti costituite, che tramuta, *sic et simpliciter*, **la disposizione censurata «nel suo valore di “messaggio” implicito: lo Stato italiano dice che “non gradisce” i richiedenti asilo».**

Si comprende, dunque, ancor più la delicatezza del tema affrontato, correlato alle dinamiche di *governance* multilivello delle problematiche legate alla ricezione dei richiedenti asilo e rifugiati, alla cittadinanza attiva e alle politiche di integrazione rivolte agli stranieri<sup>46</sup>, quasi sempre in un’ottica meramente emergenziale<sup>47</sup> ovvero in chiave elettorale, però altresì praticabili in un orizzonte di uguaglianza sociale, assenza di discriminazioni e di pari opportunità<sup>48</sup>.

A tal riguardo, si ricorda che i cd. “Decreti sicurezza” hanno avuto molta risonanza politica e sono stati strumentali al consolidamento del consenso interno di una parte della coalizione del Governo Conte-I (cd. giallo-verde), la Lega.

Si evidenzia, infine, che tali provvedimenti sono stati molto criticati e che, in particolare, il “Decreto sicurezza bis” (decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53), che intervenne, a breve distanza di tempo, su ambiti normativi già oggetto di modifiche da parte del Decreto legge n. 113 dell’ottobre 2018 (cd. Primo decreto sicurezza), all’atto della promulgazione della legge 8 agosto 2019, n. 77 di conversione, con modificazioni, del citato decreto n. 113/2018, da parte del Presidente della Repubblica, **è stato oggetto di parziali e mirati rilievi**<sup>49</sup>, «rimettendosi alla

<sup>46</sup> Per ogni approfondimento: M. PELLERONE & V. SCHIMMENTI, *“Percorsi migratori e cambiamenti identitari nella sfida all’integrazione”*, Franco Angeli, Milano, 2019.

<sup>47</sup> Per ogni approfondimento: A. SCOTTO, *“Emergenza permanente. L’Italia e le politiche per l’immigrazione”*, Epoké (Novi Ligure), 2018.

<sup>48</sup> Per ogni approfondimento: A. POGLIANO, *“Media, politica e migrazioni in Europa. Una prospettiva sociologica”*, Carocci, 2020.

<sup>49</sup> Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, inviò contestualmente una lettera ai Presidenti del Senato della Repubblica, Maria Elisabetta Alberti Casellati, della Camera dei Deputati, Roberto Fico, e al Presidente del Consiglio dei Ministri, Giuseppe Conte, segnalando due profili che suscitavano rilevanti perplessità. Si punta l’attenzione sull’irragionevolezza delle sanzioni amministrative pecuniarie nel caso di violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali - per motivi di ordine e sicurezza pubblica o per violazione alle norme sull’immigrazione, auspicando «proporzionalità tra sanzioni e comportamenti», inoltre, Mattarella ricorda che, come correttamente indicato all’articolo 1 del decreto convertito, la limitazione o il divieto di ingresso può essere disposto *“nel rispetto degli obblighi internazionali dell’Italia”*, così come ai sensi dell’art. 2 *“il comandante della nave è tenuto ad osservare la normativa internazionale”*. Nell’ambito di questa la Convenzione di Montego Bay, richiamata dallo stesso articolo 1 del decreto, prescrive che *“ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batta la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere*

valutazione del Parlamento e del Governo per l'individuazione dei modi e dei tempi di un intervento normativo sulla disciplina in questione».

Tale valutazione, a più di un anno dalla formale ed autorevole richiesta, per quanto è dato sapere al riguardo, sta per giungere da parte del Governo Conte-II (cd. giallo-rosso), con un testo di revisione dei due decreti sicurezza sul quale le attuali forze di maggioranza (M5S-PD) hanno trovato la quadra, per poi sottoporlo all'attenzione delle autonomie locali, per poi successivamente, si presume nel prossimo mese di settembre 2020, essere oggetto di approvazione in Consiglio dei ministri.

Ebbene, si apprende, dagli organi di stampa ben informati, che dovrebbero essere **cancellate le ingenti multe alle navi umanitarie utilizzate per il salvataggio dei migranti in mare**, ma resterebbe comunque un sistema di sanzioni sul codice della navigazione, cioè per quelle Ong che violano la normativa nelle operazioni SAR (ricerca e soccorso). Verrebbe, inoltre, **allargata la possibilità di accedere alla protezione umanitaria**, di fatto negata dal primo decreto sicurezza che aboliva questa forma di aiuto, una delle tre possibili per i richiedenti asilo insieme all'asilo politico e alla protezione sussidiaria, sostituendola con una serie di "permessi speciali" della durata di un anno e allo stesso modo sarebbero ampliati i permessi speciali per chi rischia di subire "trattamenti inumani e degradanti" nel Paese di origine.

Prevista anche una revisione del sistema di accoglienza **SIPROIMI1** e, recependo la censura operata sul punto dalla Corte Costituzionale, la possibilità, per i richiedenti asilo, di iscriversi all'anagrafe comunale.

---

*a repentaglio la nave, l'equipaggio e i passeggeri, presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo". Il testo integrale, disponibile al seguente link: <https://www.quirinale.it/elementi/32099>*

REFERENDUM EX ART. 138 COST. DEL 20 E 21 SETTEMBRE 2020.

## LA (IPOTETICA) RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI DI FRONTE AL «NODO» DELLA LEGGE ELETTORALE: UN FINTO PROBLEMA.

*(The Italian referendum of September 20<sup>th</sup> and 21<sup>th</sup> 2020: the (hypothetical) reduction of the number of Italian Parliamentarians and the «knot» of the electoral law: a fake problem)*

**LUDOVICO A. MAZZAROLI**

*Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Udine*

**ABSTRACT** [ITA]: Nell'articolo si affronta il tema di ipotetiche elezioni politiche all'indomani dello svolgimento del *referendum* costituzionale dei prossimi 20 e 21 settembre 2020 che vedesse il prevalere dei «sì» e del falso problema della riduzione del numero dei parlamentari da eleggere, a fronte della non adozione di una nuova legge elettorale.

**ABSTRACT** [ENG]: *The paper deals the topic of hypothetical general - political elections following the constitutional «referendum» on 20 and 21 September 2020, which would see «yes» vote prevail: the fake problem of reducing the number of the members of Parliament to be elected, in the face of the failure to adopte a new electoral law.*

**SOMMARIO:** **1. Presupposto 1°:** la posizione della Corte costituzionale circa l'esistenza di una (quale che sia legge elettorale) in grado di assicurare, sempre e comunque, l'elezione di Camera e Senato. – **2. Presupposto 2°:** la natura del controllo sul quesito referendario quando si tratta di *referendum ex art. 138 Cost.*– **3.** Se vince il «sì», che legge elettorale si applica per eleggere un ipotetico nuovo Parlamento a fronte di un possibile scioglimento anticipato, o della naturale fine della Legislatura?

## **1. Presupposto 1°: la posizione della Corte costituzionale circa l'esistenza di una (quale che sia legge elettorale) in grado di assicurare, sempre e comunque, l'elezione di Camera e Senato.**

È cosa troppo nota perché sia necessario soffermarsi su di essa se non allo scopo di richiamarla. Da più di quarant'anni, la Corte costituzionale ritiene le leggi elettorali (politiche) siano «*leggi costituzionalmente necessarie*», cioè «*essenziali per il funzionamento dell'ordinamento democratico*»<sup>1</sup>.

L'abrogazione referendaria di leggi siffatte non può essere esclusa *a priori*, perché ciò che rileva è che gli «*organi costituzionali o di rilevanza costituzionale non possono essere esposti alla eventualità, anche soltanto teorica, di paralisi di funzionamento*»<sup>2</sup> ed è perché sussiste una «*tale suprema esigenza di salvaguardia di costante operatività*» che «*l'organo, a composizione elettiva formalmente richiesta dalla Costituzione, una volta costituito, non può essere privato, neppure temporaneamente, del complesso delle norme elettorali contenute nella propria legge di attuazione*».

Dal che la possibilità di vedere abrogate anche le leggi elettorali e pure «*nel loro insieme [ma] esclusivamente per sostituzione con una nuova disciplina, compito che solo il legislatore rappresentativo è in grado di assolvere*».

Quanto alla loro sottoposizione a *referendum* abrogativo (quello di cui all'art. 75 Cost.), nemmeno questo si può escludere, ma certo non per ottenere l'abrogazione dell'intera normativa elettorale, palesandosi il «*referendum popolare abrogativo ... strumento insufficiente, in quanto idoneo a produrre un mero effetto ablatorio sine ratione*»<sup>3</sup>.

Eppure, chiunque legge queste righe sa bene che più volte, nel corso degli ultimi decenni, il corpo elettorale è stato chiamato a pronunciarsi su *referendum* abrogativi aventi ad oggetto leggi elettorali.

E ciò perché, appunto, l'uso del *referendum* abrogativo nei confronti di una normativa elettorale non va escluso *tout court*, bensì solo limitato, dovendosi evitare che l'organo delle cui regole elettorali si discute possa essere esposto «*alla eventualità, anche solo teorica, di paralisi di funzionamento*»<sup>4</sup>. E ciò «*poiché la soppressione integrale di essa renderebbe impossibile l'elezione dell'organo da rinnovare: così un'intera legge elettorale non può né venire abrogata con referendum né essere dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale [né, come già osservato] costituire oggetto di mera abrogazione*

<sup>1</sup> Così nella celebre sent. 17 gennaio - 7 febbraio 1978, n. 16, *Cons. in dir.*, sub § 9, scritta da LIVIO PALADIN.

<sup>2</sup> Sent. 16 gennaio - 3 febbraio 1987, n. 29, *Cons. in dir.*, sub § 3, red. da FRANCESCO P. CASAVOLA.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Così nel § 3. del *Cons. in dir.* della sent. della Corte cost. 17 gennaio - 2 febbraio 1991, n. 47, pubbl. in *Gazz. uff.* 6 febbraio 1991, n. 6, come richiamata, di recente, da Corte cost., sent. 16-31 gennaio 2020, n. 10, pubbl. in *Gazz. uff.* 5 febbraio 2020, n. 6, nel § 5. del *Cons. in dir.*

da parte del legislatore in quanto altrimenti non si potrebbe più eleggere l'organo suddetto. Ad una più approfondita considerazione, deve osservarsi che la legge elettorale non è neanche parzialmente caducabile qualora dall'eliminazione di alcune parti di essa derivi l'impossibilità di eleggere l'organo summenzionato; ovvero la legge elettorale è suscettibile di caducazione parziale solo se, a seguito del venir meno di alcuni suoi disposti, residui comunque una disciplina applicabile per consentire il rinnovo di quell'organo, o meglio, autoapplicabile cioè che non necessiti di ulteriori norme per poter essere applicata. Così il referendum non può abrogare alcuni disposti della legge elettorale a meno che dall'abrogazione emerga una normativa di risulta sufficiente per eleggere l'organo cui la legge si riferisce; la Corte costituzionale non può dichiarare costituzionalmente illegittime talune disposizioni della legge elettorale salvo se, dopo la sentenza di accoglimento, rimanga una disciplina che permetta il rinnovo di quell'organo; il legislatore non può disporre la mera abrogazione di qualche disposto della legge elettorale eccetto che, a seguito di tale abrogazione, residui una normativa idonea a consentire l'elezione dell'organo che dev'essere rinnovato»<sup>5</sup>.

## 2. Presupposto 2°: la natura del controllo sul quesito referendario quando si tratta di referendum ex art. 138 Cost.

Non proprio altrettanto, ma abbastanza nota, è altresì la circostanza che mentre il quesito da sottoporre agli elettori nel caso di un referendum (abrogativo) ex art. 75 Cost., è soggetto a due tipologie di controlli (uno, «di legittimità», avanti l'Ufficio Centrale per il Referendum presso la Corte di cassazione<sup>6</sup>; l'altro, «di ammissibilità», avanti la Corte costituzionale<sup>7</sup>), il quesito referendario è, per l'ipotesi di un referendum («sospensivo», «confermativo», «costituzionale») ex art. 138 Cost., sottoposto unicamente

<sup>5</sup> P. VIPIANA, *La legge elettorale come legge costituzionalmente necessaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019, p. 3, ma il neretto è mio.

<sup>6</sup> L. 25 maggio 1970, n. 352, con *Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo*: art. 12, co. 1: «Presso la Corte di cassazione è costituito un ufficio centrale per il referendum, composto dai tre presidenti di sezione della Corte di cassazione più anziani nonché dai tre consiglieri più anziani di ciascuna sezione. Il più anziano dei tre presidenti presiede l'ufficio e gli altri due esercitano le funzioni di vice presidente». Art. 32, co. 2: «Alla scadenza del 30 settembre l'Ufficio centrale costituito presso la Corte di cassazione a norma dell'articolo 12 esamina tutte le richieste depositate, allo scopo di accertare che esse siano conformi alle norme di legge, esclusa la cognizione dell'ammissibilità, ai sensi del secondo comma dell'articolo 75 della Costituzione, la cui decisione è demandata dall'articolo 33 della presente legge alla Corte costituzionale».

<sup>7</sup> L. n. 352/1970 cit., art. 32, co. 2 (sul quale si rimanda alla nota prec.) e 33, co. 4 («La Corte costituzionale, a norma dell'articolo 2 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, decide con sentenza da pubblicarsi entro il 10 febbraio, quali tra le richieste siano ammesse e quali respinte, perché contrarie al disposto del secondo comma dell'articolo 75 della Costituzione»). La ricordata disposizione cost. è quella che, a fronte del silenzio di cui all'art. 134 Cost., ha stabilito che spetta «alla Corte costituzionale giudicare se le richieste di referendum abrogativo presentate a norma dell'art. 75 della Costituzione siano ammissibili ai sensi del secondo comma dell'articolo stesso».

a quello «di legittimità», avanti l'Ufficio Centrale per il *Referendum* presso la Corte di cassazione<sup>8</sup>.

### 3. Se vince il «sì», che legge elettorale si applica per eleggere un ipotetico nuovo Parlamento a fronte di un possibile scioglimento anticipato, o della naturale fine della Legislatura?

3.1) Orbene, se è pur vero che, come testé ricordato, non è previsto un controllo di ammissibilità da parte della Corte costituzionale per i casi di *referendum* come quello che ci occuperà domenica 20 e lunedì 21 settembre prossimi, *quid iuris* per il caso di vittoria del «sì» e ... di un'ipotetica fine anticipata<sup>9</sup> o naturale della Legislatura?

Se, cioè, ci trovassimo, tra pochi giorni, con 400 deputati e 200 senatori da eleggere, al posto degli attuali 630 e 315 (di cui, sempre rispettivamente, 8 e 4 all'estero, al posto degli attuali 12 e 6), con che legge andremmo al voto?

Non è un mistero che è alla studio la riforma della legge elettorale attualmente vigente, ma non lo è nemmeno che il «Partito Democratico» desiderava venisse approvata prima, e non dopo, l'imminente *referendum* (il che non è stato fatto nemmeno in uno dei rami del Parlamento), propendendo per una legge proporzionale pura; che «Italia Viva» predilige l'idea di una legge maggioritaria a turno unico e che il «Movimento 5 Stelle» ciò che proprio non vuole è sentire parlare di legge proporzionale pura. Di qui al recente deposito di un progetto di legge a firma «Movimento 5 Stelle» che prevede un sistema proporzionale corretto, con soglia di sbarramento al 5%, ma che, al momento, temo non avrebbe la maggioranza in entrambe le Camere, sempre che resista l'attuale «no» di «Italia Viva» (... ma, immagino, anche di «Leu» che, avendo ottenuto alle ultime politiche del 4 marzo 2018

<sup>8</sup> L. n. 352/1970 cit.: art. 12, co. 3: «... L'Ufficio centrale per il referendum verifica che la richiesta di referendum sia conforme alle norme dell'articolo 138 della Costituzione e della legge. L'Ufficio centrale decide, con ordinanza, sulla legittimità della richiesta entro 30 giorni dalla sua presentazione. Esso contesta, entro lo stesso termine, ai presentatori le eventuali irregolarità. Se, in base alle deduzioni dei presentatori da depositarsi entro 5 giorni, l'Ufficio ritiene legittima la richiesta, l'ammette. Entro lo stesso termine di 5 giorni, i presentatori possono dichiarare all'Ufficio che essi intendono sanare le irregolarità contestate, ma debbono provvedervi entro il termine massimo di venti giorni dalla data dell'ordinanza. Entro le successive 48 ore l'Ufficio centrale si pronuncia definitivamente sulla legittimità della richiesta».

<sup>9</sup> A fronte di una crisi di governo, causata, che so?, da una pesantissima sconfitta delle attuali forze di governo alle elezioni regionali e comunali che si terranno in quegli stessi giorni, dovuta, p. es., all'essersi presentati i due partiti con candidati diversi nelle sette Regioni interessate dal voto e alla circostanza che il candidato del partito più forte dei due perda del 2%, a causa di voti «sottrattigli» dal candidato del più debole tra i due ... a fronte di ciò e dell'impossibilità di dare vita a una nuova compagine di governo, quanto potrebbe esitare il Presidente della Repubblica a sciogliere il Parlamento. Quanti tentativi di formare un governo non politico, ma presidenziale, elettorale, balneare ecc. ... potrebbe mai fare, prima di dichiararsi sconfitto e applicare l'art. 88 Cost.?

poco più del 3% dei suffragi, teme la soglia di sbarramento perché posta ... troppo in alto).

E, non per niente, la domanda di cui sopra («Se dovessimo, tra pochi mesi, eleggere un nuovo Parlamento fatto di 400 deputati e 200 senatori, con che legge andremmo al voto?») è stata adoperata da taluni dei fautori del «no» al quesito del futuro referendum costituzionale<sup>10</sup>, sostenendo che un'eventuale «sì» si sarebbe potuto, al limite, sostenere solo dopo l'approvazione di una nuova legge elettorale.

Ebbene, la risposta è molto semplice, anzi banale.

**3.2) Andrete a votare con la legge elettorale attualmente in vigore.**

Sì, il c.d. «Rosatellum», la l. 3 novembre 2017, n. 165, recante «*Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali*» (pubbl. in Gazz. uff. 11 novembre 2017, n. 264), che abbiamo adoperato per le già ricordate (ultime) elezioni politiche del 4 marzo 2018 e che aveva abrogato, entrando in vigore, la legislazione elettorale previgente<sup>11</sup>.

E lo faremo in virtù di un altro provvedimento legislativo di cui tutti sembrano essersi dimenticati ... per la semplicissima ragione che è stato adottato mentre era in carica il governo precedente, il Conte I, a maggioranza giallo - verde, poco dopo che la legge di riforma costituzionale era stata approvata, in prima deliberazione, non solo in Senato (7 febbraio 2019: 185 i voti favorevoli, 54 i contrari e 4 gli astenuti), ma anche alla Camera (9 maggio 2019: 310 i voti favorevoli, 107 i contrari e 5 gli astenuti).

Si tratta della **legge 27 maggio 2019, n. 51**, che, pubblicata nella Gazz. uff. 11 giugno 2019, n. 135, reca: «*Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari*» e che, trasformando numeri fissi in frazioni, mantiene, nella sostanza, la proporzione di cui al «Rosatellum» di 3/8 di seggi assegnati in collegi uninominali e di 5/8 di seggi assegnati con il sistema proporzionale sia alla Camera che al Senato. (La legge «non

<sup>10</sup> Che consiste nell'assentire, o no, al testo della legge costituzionale recante «*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*», pubblicato nella Gazz. uff. 12 ottobre 2019, n. 240.

Per tutti e riassuntivamente, rinvio agli interventi (e alla Bibliografia) di G. BRUNELLI, G. CERRINA FERRONI, M. D'AMICO, G. DE MINICO, C. FUSARO, G. GRASSO, L.A. MAZZAROLLI, I.A. NICOTRA, V. ONIDA, A. PERTICI, A. PISANESCHI, M. PLUTINO contenuti nel PAPER: «*Referendum costituzionale: le ragioni del sì e del no*», associato al n. 25/2020 di *Federalismi.it* - 9 settembre 2020.

<sup>11</sup> La c.d. l. «*Italicum*» 6 maggio 2015, n. 52, pubbl. nella Gazz. uff. 8 maggio 2015, n. 105, valida solo per la Camera dei deputati (recava «*Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati*») e dichiarata costituzionalmente illegittima in parte qua dalla Corte cost. con sent. 25 gennaio - 9 febbraio 2017, n. 35 (pubbl. nella Gazz. uff. 15 febbraio 2017, n. 7), e la c.d. l. «*Calderoli*» 21 dicembre 2005, n. 270, pubbl. nella Gazz. uff. 30 dicembre 2005, n. 303, originariamente recante «*Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*», ma rimasta in vigore per il solo Senato dopo l'adozione dell'«*Italicum*» e dichiarata costituzionalmente illegittima in parte qua dalla Corte cost. con sent. 4 dicembre 2013 - 13 gennaio 2014, n. 1 (pubbl. nella Gazz. uff. 15 gennaio 2014, n. 3).

*modifica il meccanismo di trasformazione dei voti in seggi, ma si limita a introdurre una serie di disposizioni dirette ad assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali vigenti "indipendentemente dal numero dei parlamentari"»: Corte cost., sent. n. 10/2020 cit., nel § 3.3. del Cons. in dir.).*

Né si dica che permarrebbe il problema della revisione dei collegi, perché quella legge ha pensato anche a questo: si tratta, già ora, di una faccenda saldamente e stabilmente in mano al potere esecutivo ... di oggi, grazie a un provvedimento varato dal governo ... di ieri.

L'art. 3, con «*Delega al Governo per la determinazione dei collegi uninominali e plurinominali*», stabilisce, infatti, che «1. Qualora, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge<sup>12</sup>, sia promulgata una legge costituzionale che modifica il numero dei componenti delle Camere di cui agli articoli 56, secondo comma, e 57, secondo comma, della Costituzione, il Governo è delegato ad adottare un decreto legislativo per la determinazione dei collegi uninominali e plurinominali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica».

---

<sup>12</sup> Quanto infondati i timori di qualcuno che il governo potesse rinviare a tempo indeterminato le consultazioni previste per il 20 e 21 settembre 2020. Chi punta sul «sì», e lo fa soprattutto uno dei partiti che il governo forma e sostiene, deve fare in modo che la modifica della Costituzione sia varata non oltre maggio 2021 se vuole, come certamente vuole, che la delega in parola resti efficace e legittima.

# Autonomie locali e responsabilità. Un nuovo modo di amministrare.

**Gabriella De Giorgi Cezzi**

**ABSTRACT** [ITA]: La responsabilità dirigenziale racconta il rapporto tra politica e amministrazione meglio di ogni altro indicatore. In questa prospettiva, la stretta correlazione con gli obiettivi assegnati dall'organo di indirizzo politico segna un'evoluzione della responsabilità, concentrata sul risultato effettivo e sulla responsabilizzazione dell'apparato burocratico. Le amministrazioni locali rappresentano il miglior punto di osservazione delle problematiche interazioni tra risultato, responsabilità e adeguatezza dei modelli decisionali.

**ABSTRACT** [ENG]: *Managerial responsibility tells the relationship between politics and public administration better than any other indicator. In this perspective, the close correlation with the objectives assigned by the political steering body marks an evolution of responsibility, focused on the actual result and on the accountability of the bureaucratic system. Local administrations represent the best point of observation of the problematic interactions between results, responsibility and adequacy of decision-making models.*

**SOMMARIO:** **1.** La responsabilità dirigenziale nel rapporto fra politica e amministrazione. – **2.** In particolare: l'ipotesi di una responsabilità senza colpa o con colpa ma senza danno. – **3.** Il modello della responsabilità dirigenziale e i caratteri dell'amministrazione locale. – **4.** Responsabilità dirigenziale ed ecologia delle decisioni pubbliche.

## 1. La responsabilità dirigenziale nel rapporto fra politica e amministrazione.

Il problema della responsabilità dirigenziale, e in particolare della sua configurazione come specifica responsabilità da inadempimento di obblighi gravanti sul dirigente, si è andato nel tempo delineando per sovrapposizioni di discipline positive, il cui esame è sembrato però trascurare la complessità della trama di fondo su cui si iscrivono.

È stato in particolare notato<sup>1</sup> che il passaggio dalla prima alla seconda privatizzazione, dal d.lgs n. 29 del 1993 alla l. n. 145 del 2002, ha finito col delineare un modello ibrido articolato nell'atto di conferimento di incarico, che ne definisce oggetto, obiettivi e durata, e nella sottoscrizione di un contratto individuale di lavoro con la fissazione del relativo trattamento economico. Anche al di là dei dubbi sulla natura dell'atto di conferimento dell'incarico<sup>2</sup>, ad apparire significativi sono apparsi però non tanto i problemi di confine fra pubblico e privato, quanto il fatto che questi aspetti, nella loro combinazione, servono a rafforzare i vincoli fra politica e amministrazione, attenuandone l'originaria separazione<sup>3</sup>.

A questa conclusione si giunge proprio osservando la responsabilità dirigenziale, quella forma di responsabilità, cioè, che non solo si aggiunge quantitativamente alle altre concomitanti forme di responsabilità (penale, civile, amministrativa, disciplinare), ma soprattutto caratterizza qualitativamente il ruolo della dirigenza nel suo dialogo con la politica.

L'analisi dei due principali presupposti di questa responsabilità – il mancato perseguimento degli obiettivi, accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione delle *performances*, e l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente – mostra infatti il nuovo, diverso atteggiarsi di quel dialogo: il primo, scandito da una progressiva semplificazione che unifica nel solo mancato perseguimento degli

<sup>1</sup> F. MANGANARO, *La responsabilità dirigenziale nella disciplina del lavoro pubblico*, relazione al Convegno "La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia", Palermo, 6-7- giugno 2019, in corso di pubblicazione.

<sup>2</sup> Per una rassegna di dottrina e giurisprudenza sul punto, *ivi*. Appare dunque centrale non tanto il profilo della delimitazione fra sfera pubblicistica e privatistica, quanto il significato organizzativo che la nuova disciplina implica. Sotto il primo profilo, sebbene l'art. 19 del TUPI non esiti a usare il nomen 'provvedimento' (senza però altra qualificazione) per l'atto di conferimento dell'incarico, appare esclusa la sua collocazione nell'ambito pubblicistico. Saldo resta invece il collocamento nella sfera pubblicistica degli atti di c.d. macrorganizzazione. Sul punto si veda Cons. di Stato, sez. V, dec. nn. 3802-3803-3828/2019 del 6 dicembre 2018, che, in riforma di TAR Puglia-Lecce, dec. nn. 77-78-79 del 24 gennaio 2018, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo in questo ambito.

<sup>3</sup> Non appare dunque centrale tanto il profilo della delimitazione fra sfera pubblicistica e privatistica, quanto il significato organizzativo che la nuova disciplina implica, a conferma del rilievo che la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato è una distinzione di struttura in quanto serve, e nei limiti in cui serve, agli ordinamenti giuridici positivi, dipendendo dal concreto assetto storico dell'esperienza giuridica, senza che vi si possa assegnare il valore statico del riordino delle merci in uno scaffale. Sul punto, riprendendo il pensiero di Capograssi, si veda E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, p. 20.

obiettivi una fonte di responsabilità che invece in passato si nutriva di indicatori diversi e articolati; la seconda, delineata come una ipotesi di responsabilità *tout court*, anche a prescindere dalle possibili conseguenze negative che l'inosservanza abbia prodotto, spezzando così il nesso tra obbligazione di mezzi e di risultato, tanto da avvicinarsi al modello della responsabilità disciplinare, epperò, a differenza di quest'ultima, tutta riassorbita nel rapporto verticale con la politica<sup>4</sup>.

Non sorprende quindi che il mutare dei presupposti su cui si fonda questa forma di responsabilità racconti meglio di ogni altro indicatore come si attegga il rapporto fra politica e amministrazione, proprio perché, a differenza di quella disciplinare – con cui condivide l'irrilevanza nel rapporto coi terzi – la responsabilità dirigenziale si svolge tutta nell'ambito di quel rapporto<sup>5</sup>, e ha come unico parametro di valutazione il raggiungimento o meno degli obiettivi stabiliti dagli organi politici e l'unica possibilità di sfuggirvi nella loro mancata o tardiva fissazione, che ne impedisce la conoscenza e accettazione da parte del dirigente<sup>6</sup>.

C'è poi una connotazione generale di questa forma di responsabilità che discende da quella che è stata definita la "moltiplicazione di obblighi organizzativi", la cui proliferazione, ben oltre l'elencazione contenuta nell'art. 21 TUPI, introduce comunque "elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale, in quanto frammenti di una condotta contraria ad un'efficiente gestione dell'ufficio a cui il dirigente è preposto": si tratta infatti di una proliferazione che impressiona per numero, tanto da configurarsi quasi come una sorta di "tiro al bersaglio" al dirigente, ragione a un tempo del mutato rapporto con la politica<sup>7</sup> e di quella 'burocrazia difensiva' che appare un tratto significativo della 'questione amministrativa' in Italia<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Per l'annotazione che la responsabilità dirigenziale è una responsabilità interna all'ente che però, a differenza dell'altra forma di responsabilità interna, quella disciplinare, incide in modo più significativo sul rapporto politica-amministrazione, in quanto quest'ultima è attivata dallo stesso dirigente generale o apicale (o dall'ufficio per i procedimenti disciplinari, a seconda del tipo e della gravità dell'illecito), si veda F. MANGANARO, *La responsabilità dirigenziale*, cit., *passim*.

<sup>5</sup> Rileva C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Napoli, 2018, 95 ss. che la responsabilità dirigenziale, al pari di quella disciplinare è una forma di responsabilità 'interna' che non rileva cioè nel rapporto coi terzi, ma che, a differenza di quest'ultima – attivabile dallo stesso dirigente generale o apicale (o dall'ufficio per i procedimenti disciplinari, a seconda del tipo e della gravità dell'illecito) –, è una responsabilità attivabile solo dall'organo politico e per questa ragione incide in modo più significativo sul rapporto politica-amministrazione.

<sup>6</sup> *Ivi*, *passim*.

<sup>7</sup> F. MANGANARO, op. cit., conta, oltre agli obblighi indicati dall'art. 21 TUPI, altri 16 casi, calcolati per difetto, in cui potrebbe configurarsi una responsabilità dirigenziale.

<sup>8</sup> M. CLARICH, *Nell'agenda del governo entri subito la 'questione amministrativa'*, in *Milanofinanza*, n. 080 del 23 aprile 2020, p. 2.

## 2. In particolare: l'ipotesi di una responsabilità senza colpa o con colpa ma senza danno.

Di questo mutato rapporto dice anche molto il grado di distacco fra questa ipotesi di responsabilità rispetto ad altre, e in particolare rispetto al modello civilistico, in ordine sia all'elemento psicologico necessario a integrare ogni forma di responsabilità che non sia oggettiva, sia alla necessità o meno di un danno per la sua configurazione.

Quanto al primo profilo va ricordato che alla configurazione della responsabilità dirigenziale sulla base di un accertamento di tipo oggettivo, ravvisabile specialmente nell'ipotesi del mancato raggiungimento degli obiettivi<sup>9</sup> si sono opposte altre ricostruzioni per così dire mediane: alcune dirette a distinguere fra le differenti fattispecie quelle certamente fondate su un giudizio di colpevolezza, come nel caso della grave inosservanza delle direttive ricevute, o della responsabilità gestionale di cui al comma 1 *bis* dell'art. 21, altre invece preoccupate di chiarire che si può prescindere dall'elemento della colpa quantomeno nel caso della responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi e inosservanza delle direttive, a condizione però che la colpa venga intesa come violazione di un dovere d'ufficio espresso in canoni normativi di comportamento, e non come elemento che attiene alla capacità manageriale del dirigente e in cui confluiscono, per sintesi, i molteplici elementi che fanno ritenere idoneo all'incarico un dirigente<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Si tratta del mancato raggiungimento di quegli obiettivi, a prescindere da profili di colpa nella gestione dell'ufficio, anche rispetto alla gestione delle risorse umane e strumentali. C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., pp. 115 ss. ricorda a questo proposito l'indirizzo inaugurato da Cass. civ. 20 febbraio 2007, n. 3929 e poi ribadito anche da Id., 20 ottobre 2017, n. 2017, cui sembra conformarsi Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2000, n. 3649, che, in ipotesi di responsabilità per risultati di un D.G. di una ASL, ha precisato che, a differenza di quella disciplinare, fondata sull'elemento soggettivo del dolo o della colpa, in questo tipo di responsabilità conta il solo oggettivo ottenimento di risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione, o il mancato raggiungimento degli obiettivi posti, oppure la grave inosservanza delle direttive impartite dal livello politico competente.

<sup>10</sup> Nel senso della ridefinizione del criterio dell'imputabilità, nel passaggio dal parametro normativo di misurazione del comportamento, a quello del risultato, si veda F.G. SCOCA, *La responsabilità dei funzionari e dei dirigenti*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 586-588. Sottolinea l'elemento della "capacità manageriale", anche L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 137-138. Sul punto, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 69, evidenzia che proprio nel caso di responsabilità derivante da risultato negativo, la fonte della responsabilità non sia legata alla semplice preposizione all'ufficio, e per questa ragione possa trovare un'esimente in presenza di direttive politiche velleitarie o di risorse umane e finanziarie inadeguate rispetto agli obiettivi, o ancora detti risultati siano stati determinati dal comportamento di altri soggetti, diversi dai dipendenti dell'ufficio diretto dal dirigente. Altri (C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale* ..., cit., p. 131) specifica che per colpa non si deve intendere la violazione di "canoni normativi di comportamento, ossia l'inadempimento di singoli obblighi di condotta individuati dalla legge (o dal contratto collettivo)" occorrendo invece fare riferimento ai "risultati negativi prodotti dal settore organizzativo a capo del quale il dirigente è preposto", con una soluzione che quindi finisce per coincidere nella sostanza con le posizioni di quanti non intendono la colpa secondo il classico modello civilistico.

Anche chi insiste per la necessaria configurazione di una 'colpa' in senso classico come inosservanza dolosa o gravemente colposa degli obblighi scaturenti dal rapporto, evidenzia però la connotazione pubblicistica della responsabilità dirigenziale. Quest'ultima sarebbe infatti una particolare forma di responsabilità con colpa ma senza danno, nel senso specifico che, a differenza di quel che accade per l'illecito civile ma allo stesso modo della responsabilità disciplinare, rileva solo in ragione degli elementi negativi del segmento organizzativo cui il dirigente è preposto, a prescindere dall'accertamento e dalla quantificazione del danno<sup>11</sup>.

Tanto però che si faccia leva sull'elemento della colpa, quanto su quello del danno, la responsabilità dirigenziale si atteggia nella sua specificità proprio per la stretta correlazione col mancato perseguimento degli obiettivi assegnati dall'organo di indirizzo politico che, per questa ragione, è il solo legittimato ad attivarla. In definitiva, questa tensione verso il risultato si atteggia, com'è stato efficacemente detto, come tensione verso una responsabilità non *dell'Amministrazione* ma *nell'Amministrazione*, come tale orientata alla funzione amministrativa nella sua interezza, che persegue l'effettiva responsabilizzazione dell'apparato burocratico<sup>12</sup>, con l'obiettivo di "incentivare la buona amministrazione"<sup>13</sup>.

### **3. Il modello della responsabilità dirigenziale e i caratteri dell'amministrazione locale.**

Il richiamo alla buona amministrazione, come sintesi del nuovo atteggiarsi della responsabilità dirigenziale nel rapporto con la politica, segna dunque un timido distacco da un modello astratto di responsabilità, delineato prendendo a parametro l'amministrazione statale e il suo carattere eminentemente burocratico, al cui interno soltanto potrebbe ad esempio discutersi di una responsabilità per colpa ma senza danno, che si sostanzia per il sol fatto di rivestire il ruolo dirigenziale. Quel modello ha infatti finito per ignorare che, pur nella perenne e irrisolta tensione fra politica e amministrazione, e fra dipendenza e autocefalia, anche la responsabilità dirigenziale muta di contenuti in rapporto al carattere delle amministrazioni cui si riferisce. Sicché non tanto è sterile applicarlo ad amministrazioni diverse da quella statale, quanto è soprattutto utile l'inversa contaminazione del modello con la differente percezione del fenomeno della pubblica amministrazione che, quando è di servizio, è

<sup>11</sup> C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., p. 122.

<sup>12</sup> F. F. TUCCARI, *Introduzione allo studio della responsabilità amministrativa*, Bari, 1995, pp. 19-20 e *ivi* per il rinvio alla dottrina che ha indagato sulla funzione organizzatrice, come antecedente logico, non più statico dell'effettiva azione.

<sup>13</sup> Per il rilievo che si tratta di una responsabilità indissolubilmente legata al buon funzionamento dell'amministrazione e quale strumento volto, appunto, a misurare e incentivare la buona amministrazione", si veda L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, cit., pp. 137-138.

considerata proprio nella sua specificità di attività verso la collettività, e non per le sue esplicazioni giuridiche destinate a singoli o gruppi, come accade quando è attività di funzione<sup>14</sup>. Questo carattere essenzialmente amministrativo è com'è noto quello proprio dell'amministrazione locale, in cui predomina l'attività c.d. sociale, non a caso concepita "come creativa di servizi e come servizio essa stessa"<sup>15</sup>. È qui infatti che rileva un tratto dell'agire amministrativo che si qualifica come attività di servizio non per indicare attività valutate per la loro dimensione economica – secondo una piega tutta italiana della concezione di servizio pubblico che è finita per prevalere – ma per enfatizzare invece la ricerca della misura giuridicamente adatta a soddisfare un interesse generale o collettivo<sup>16</sup>, "in linea con la concezione di un'amministrazione posta al servizio di una comunità" e dunque con una concezione democratica dell'amministrazione pubblica"<sup>17</sup>.

Si comprende così come il carattere di servizio di un'amministrazione diversa da quello di tipo burocratico possa refluire non solo sulla concezione della relativa attività, ma anche su quella della responsabilità amministrativa: e se l'attività di servizio non si esaurisce, nella sua efficacia, nella disciplina di un rapporto intersoggettivo, ma dall'atto ritorna all'ordinamento per poi di nuovo rifluire in veste ordinamentale sul singolo rapporto<sup>18</sup>, la responsabilità dell'amministrazione per mancato raggiungimento degli obiettivi si comprende solo se si inserisce in quel flusso in termini generali e non nel rapporto tra norma e attività proprio della funzione<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Sul punto, si vedano le essenziali osservazioni di G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933, pp. 172 ss.

<sup>15</sup> G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, p. 157.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 159. L'A. sottolinea il debito che sul punto si deve al contributo di A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, Milano, 1924, p. 386, che non solo indicò due possibili significati, non fra loro escludenti, della nozione di servizio di cui uno, quello del servizio in senso economico-sociale, "si sarebbe sovrapposto, cancellandolo, all'altro, esprimente cioè il servizio come attività della pubblica amministrazione diretta a soddisfare l'interesse generale o collettivo", "in linea... con una concezione quindi democratica dell'amministrazione pubblica", ma evidenziò anche (*ivi*, p. 411) che proprio le amministrazioni locali nelle quali predomina l'attività c.d. sociale "sembrano quasi costituire un *trait d'union* fra i due modi di concepire il servizio", secondo un movimento di avvicinamento fra questi due modi che anche la concezione del servizio pubblico in senso oggettivo (U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964) portò a rafforzare.

<sup>18</sup> In modo plastico G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione*, cit., p. 160 evidenzia come attraverso il comun denominatore della nozione di servizio è possibile "superare la distinzione tra rapporti costituiti autoritativamente e rapporti costituiti mediante il diritto comune: l'autorità non si esercita infatti immediatamente sopra la singola situazione individuale o sopra il singolo rapporto, ma passa dalla manifestazione contenuta nell'atto nell'ordinamento locale e da questo, nel suo complesso, rifluisce, omogeneizzate e generalizzata, sul singolo rapporto. Questo perché "affinché l'ordinamento locale sia appunto ordinamento, occorre riconoscere che esso, senza l'ausilio di una legislazione e quindi di una normazione astratta e fissa, si muove, a mano a mano integrandosi, nel corso della sua attività (*ivi, sub nota 45*).

<sup>19</sup> Per questa stretta relazione tra norma e attività, propria della nozione di funzione, si veda A. AMORTH, *Lineamenti dell'organizzazione amministrativa italiana*, Milano, 1950, p. 1.

#### 4. Verso un'ecologia delle decisioni pubbliche.

In definitiva è proprio in ambito locale che emerge il problema del risultato che si interseca con quello della responsabilità<sup>20</sup> e con quello connesso dell'adeguatezza dei modelli decisionali<sup>21</sup> in rapporto al carattere dell'amministrazione come servizio.

Perfino in Francia – che si atteggia storicamente come il modello della coesa amministrazione centrale e a un tempo come quello in cui la nozione di servizio pubblico è andata ad arenarsi sulle sabbie della giurisdizione<sup>22</sup> – la spinta verso esigenze di riequilibrio politico-territoriale fra centro e periferie da un lato, e l'esigenza di placare la protesta dei gilet gialli parigini, dall'altro, ha portato Macron, quasi fossero aspetti di uno stesso problema, a stringere quelli che ha definito 'patti girondini con i territori', e a sopprimere l'ENA, il "*pépinière des grands commis de l'État*", in cui egli stesso si era formato.

Ben al di là del dato simbolico o ideologico appare evidente che l'unico tratto comune sembra essere la necessità di un radicale ripensamento del ruolo e delle modalità di azione dei decisori pubblici e soprattutto del modo con cui si formano le decisioni complesse, e della loro tensione verso un risultato diverso da quello in senso economico improntato alla prevalenza delle ragioni economiche su quelle sociali e ordinamentali<sup>23</sup>.

Ed è singolare annotare che quando anche l'amministrazione statale è costretta a dare attenzione ai bisogni sociali e ordinamentali, come l'emergenza Covid richiede, su di essa paiono refluire i caratteri dell'amministrazione di servizio improntata ai

<sup>20</sup> M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, pp. 8 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 209 ss.

<sup>21</sup> Ci si riferisce ai temi della conferenza di servizi e al modello della c.d. sussidiarietà orizzontale che evocano problemi qui non affrontabili. Tuttavia, per il primo si veda, F. CORTESE, *Coordinare per decidere: il procedimento quale sede di sintesi per gli interessi pubblici*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo–AIPDA (a cura di), *Decisioni amministrative e processi deliberativi*. Atti del convegno annuale, Bergamo, 5-7 ottobre 2017, Napoli, 2018, pp. 101 ss.; per il secondo, S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2006.

<sup>22</sup> Anche in Francia la nozione di servizio pubblico ha finito per perdersi nel suo senso originario (come fine di un'attività diretta a soddisfare bisogni pubblici, "*à la réalisation et au développement de l'interdépendance social*"), su cui si veda L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris, 1921, 2° ed., p. 61), proprio per le ricadute e implicazioni in tema di tutela giurisdizionale (su cui v. A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., pp. 386 ss.).

<sup>23</sup> A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, pp. 813 ss.; ID., *Amministrazione di "risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, pp. 1 ss.; ID., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 63 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., p. 274; ID., *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 138. Sul risultato amministrativo rapportato ai diritti fondamentali v. L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 57 ss.

bisogni delle collettività<sup>24</sup>: in questo senso forse prologo di una conversione ecologica delle decisioni pubbliche<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Sembra che la “chiamata in sussidiarietà” elaborata dalla Corte costituzionale nella ricostruzione degli artt. 117 e 118 Cost., operando una sorta di avocazione allo Stato di compiti normalmente ripartiti fra la definizione dei principi fondamentali riservata alla legge statale e l’applicazione spettante alla legge regionale (su cui si v. U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell’epidemia di “coronavirus” come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, n. 1, pp. 457-458) abbia travasato nell’amministrazione statale i tratti di quella locale e i problemi di un’ecologia delle decisioni pubbliche quando toccano collettività, i loro bisogni, le loro libertà. Sul punto sia consentito il richiamo a G. DE GIORGI CEZZI, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività?* in *Federalismi.it*, 2020, n. 6, pp. 207 ss.

<sup>25</sup> Nel senso in cui ne parlano per gli istituti privatistici U. MATTEI – A. QUANTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Sansepolcro, 2018, *passim*.

# LUCI ED OMBRE NELL'ATTUAZIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA DA CORONAVIRUS: I DPCM

**Giovanna Marchianò**

*Professore associato di Diritto pubblico in Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

**ABSTRACT** [ITA]: Nella presente riflessione si è voluto dare un quadro generale sulla «*confusione*» delle fonti che hanno disciplinato fino ad oggi l'emergenza sanitaria *Coronavirus* che ha investito il Paese. In base alla Costituzione lo strumento del decreto-legge, quale atto normativo volto a disciplinare i casi di necessità e urgenza rappresenta la fonte abilitata a gestire l'emergenza, pur tuttavia i decreti-legge emanati a fronte dell'emergenza COVID-19 non sempre appaiono rispettosi del dettato costituzionale e soprattutto delle sentenze della Corte costituzionale che ne ha modellato il contenuto, la forma, il tempo. Cosicché i decreti-legge appaiono strumenti per attribuire poteri al Presidente del Consiglio dei Ministri all'adozione di atti amministrativi generali nella forma dei DPCM. Questi ultimi, sulla cui natura la dottrina si dibatte (regolamenti o atti amministrativi generali), sono diventati i veri protagonisti degli interventi in materia pur presentando elementi di criticità rispetto all'ordinato sistema delle fonti e alle riserve di legge in materia di libertà dell'individuo.

**ABSTRACT** [ENG]: *In this reflection we wanted to give a general picture on the «confusion» of the sources that have regulated until now the health emergency Coronavirus that has invested the country. Considered that on the basis of the Constitution the decree law was used as a source authorized to manage the emergency, however these decrees do not always appear to comply with the constitutional provision and above all with the judgments of the Constitutional Court which modeled its content, the shape, time. Thus, the decree laws appear to be tools for attributing powers to the President of the Council of Ministers for the adoption of general administrative acts in the form of the Prime Minister's Decree. The latter, on the nature of which the doctrine is debated (regulations or general administrative acts), have become the real protagonists of the interventions on the subject, although presenting critical elements with respect to the ordered system of sources and the legal reserves regarding the freedom of individual.*

**SOMMARIO:** Premessa; - **1.** L'inizio della storia: Delibera Consiglio dei Ministri, 31.01.2020, assunta in attuazione del D. lgs. 02.01.2018, n. 1, «Codice della protezione civile»; - **2.** Il decretotegge. La stagione dei decreti-legge: dal DI n. 6/2020 del 23 febbraio 2020, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19* (CU n. 45 del 23.2.2020); - **2.1.** Segue: al DI n. 19/2020 del 25 marzo 2020, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus* (GU n. 79 del 25.3.2020); - **2.2.** Segue: al DI n. 33/2020, del 16 maggio 2020, *Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19* (GU n. 125 del 16.5.2020). - **2.3.** Segue: al DI n. 83/2020 del 30 luglio 2020, *Misure urgenti connesse con la scadenza della dichiarazione di emergenza epidemiologica da COVID-19 deliberata il 31 gennaio 2020* (GU n. 190 del 30.7.2020);- **3.** I decreti del Ministero della Salute; - **4.** I DPCM.

## Premessa.

Dopo un periodo di fermento da parte degli studiosi soprattutto di diritto costituzionale in merito al modo di procedere del Governo con particolare riferimento all'emanazione dei vari DPCM – che hanno scandito l'evoluzione dell'intervento governativo ai fini del controllo della situazione epidemiologica Covid-19 – oggi il tema appare ormai non più di così stretta attualità quasi ci si fosse rassegnati a tale *modus procedendi*. Si deve riconoscere pur tuttavia che il Governo si è trovato nella necessità di “sperimentare” con scarso successo da un punto di vista giuridico un percorso istituzionale mai esplorato nei termini di pandemia mondiale, per tutelare, almeno in prima battuta, il valore della salute sia per i singoli che per la collettività, in modo da mettere al riparo il Paese dal Covid-19 in atto. Per riflettere sul percorso seguito dal Governo occorre partire dal dato che la Carta costituzionale offre una disciplina di carattere generale a cui fare riferimento nei casi di “necessità” e “urgenza” prevedendo cioè che il Governo faccia ricorso alla decretazione d'urgenza; il vero è che nella Costituzione quale elemento di rottura all'usuale assetto dei poteri è rinvenibile esplicitamente la sola la previsione relativa allo “stato di guerra” che implica il conferimento di particolari poteri all'esecutivo (peraltro non specificati) ma ciò nulla a ché fare rispetto la situazione pandemica: «*nella situazione attuale si tratta di difendersi da un'aggressione pericolosa per la vita di tutti che deriva non già da un nemico umano da respingere, ma da una malattia sconosciuta, per sconfiggere la quale è più che mai necessaria la collaborazione disinteressata e tempestiva tra tutti gli Stati*»<sup>1</sup>.

Oggi è bene riflettere con un minimo di distacco sui principi costituzionali sui quali si è basato il Governo nel procedimento relativo la disciplina della pandemia tenuto conto altresì dell'aumento dei contagi che, alla fine di luglio 2020, ha richiesto la proroga dello stato di emergenza e un nuovo DPCM del 7 settembre 2020 col quale si prorogano altresì le misure restrittive già adottate in precedenza.

L'esame non può che essere condotto se non per “tipologie di atti” ovvero dei vari tipi d'interventi, normativi/amministrativi, che il Governo centrale ha voluto assumere e in particolare sulle ordinanze e sui DPCM che hanno dato attuazione alle scelte governative, mentre esulano dalla presente trattazione gli interventi regionali e degli enti locali che richiederebbero uno studio a parte.

---

<sup>1</sup> P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, p. 692. «Può rimanere perciò fermo che in Italia non vi è alcuno stato di guerra, non dichiarato nelle forme dell'art. 78 e tuttavia venuto in essere in via di fatto, per fronteggiare lo “stato di eccezione”, e può rimanere fermo che non essendovi tale stato di guerra, il Governo non è dotato, sempre in via di fatto, dei «poteri necessari». S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Riv. AIC*, 2/2020, p. 532

Non si può tuttavia soprassedere dai dati cronologici sia pure richiamati a meri fini di rammentazione nonché ai fini di mettere in rilievo la pluralità di interventi che il Governo ebbe a mettere in atto nei primi momenti: occorre ricordare che, l'Organizzazione mondiale della Sanità il 30 gennaio 2020 dichiarava che l'epidemia da Covid-19, la quale ormai si espandeva oltre la Cina, doveva configurarsi come «un'emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale»<sup>2</sup>. In base a tale dato si è mosso il Governo italiano certamente in modo caotico anche su un piano fattuale<sup>3</sup> a causa sia della sottovalutazione della situazione sanitaria epidemiologica sia per una vera e propria “paura” del *virus* connessa peraltro alla “paura” della tenuta del sistema sanitario ospedaliero<sup>4</sup>, stante l'avvertita inidoneità della sanità territoriale che avrebbe invece dovuto contenere la prima ondata della pandemia<sup>5</sup>, il tutto accompagnato dalla “percezione” dell'inadeguatezza delle normative di settore dettate in riferimento ai diversi tipi di emergenza ovvero sia quella sulla protezione civile che quella sulla sanità. Per ciò che attiene la sanità, la prima reazione del Governo è stata l'adozione dell'ordinanza del Ministero della Salute del 25 gennaio 2020, con la quale si prendeva atto dell'insorgenza dell'epidemia determinata dal *Coronavirus*; si rappresentava poi la necessità di procedere alla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, ma questa volta in base all'art. 24, Dl n. 1/2018 Codice della protezione civile, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 che dichiarava lo stato di emergenza sanitaria, alla quale fa seguito il Dl n. 6/2020 del 23 febbraio 2020 che, richiamandosi agli artt. 77 e 87 della Costituzione, fa del decreto

<sup>2</sup> Il 28 febbraio 2020, l'OMS ha elevato la minaccia a livello mondiale «molto alto» mentre l'11 maggio 2020, il Presidente dell'OMS nel corso di una conferenza stampa, ha qualificato l'emergenza come derivante da «pandemia».

<sup>3</sup> «Sicuramente non ha giovato alla compiuta cognizione della dimensione del dramma che si sarebbe concretizzato la costante e radicale contrapposizione nel nostro Paese tra due opposte visioni, che si alimentano a vicenda, considerando l'una la crescita esponenziale dell'altra. Visioni che impediscono di avere una cognizione equilibrata di qualsiasi questione e che dunque sollecitano soluzioni parimenti squilibrate, tendendo a radicalizzare, su opposti versanti, il dibattito politico e dunque le opzioni normative». 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 Riv. AIC, 3/2020, pp. 176, ss.

<sup>4</sup> F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in Riv. AIC, 3/2020, p. 258. «Paura quale fonte del diritto non può considerarsi un'assoluta novità seppure appaia necessario lasciare il beneficio del dubbio, per cui forse non era questo l'intendimento del nostro governo in una situazione a dir poco inaspettata, tuttavia è vero che far leva sulla paura funziona sempre ... La paura ci protegge infatti dai pericoli, veri o presunti, è un'emozione ancestrale, sviluppata in tempi lontanissimi come reazioni a pericoli molto concreti e visibili quali le bestie feroci e gli agenti atmosferici».

<sup>5</sup> «Ma la carenza più avvertita e determinante è stata rappresentata dalla scarsa presenza di filtri: in un parola la sanità territoriale, che avrebbe dovuto contenere la prima ondata, prestare le prime cure e intervenire con una immediata selezione fra chi lasciare a casa, tenendo strettamente sotto controllo il periodo di diffusione del contagio, e chi rinviare, con successivo filtro del pronto soccorso, gli indispensabili ricoverati graduati a secondo della gravità delle condizioni del paziente. Questa sanità territoriale con grande lungimiranza già introdotta dal legislatore ma mai compiutamente realizzata, e che giustamente riconsiderava la necessità di una stretta integrazione fra assistenza sanitaria e assistenza sociale» C. BOTTARI, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Osservatorio emergenza COVID-19- Paper – 13 maggio 2020.

legge il perno delle fonti normative cosicché il Dl n. 6/2020, rappresenta il punto di partenza nell'intricata vicenda delle fonti che hanno disciplinato l'emergenza Covid-19. Si deve far riferimento proprio a tale decreto-legge perché è a questa fonte normativa che ha ispirato e ha rappresentato le basi dei vari DPCM emanati dal Presidente del Consiglio i quali avrebbero dovuto (il condizionale è d'obbligo) trovare la loro legittimazione proprio nel Dl n. 6/2020, almeno in via tendenziale prima dell'emanazione del successivo Dl n. 19/2020 del 25 marzo 2020.

Occorre tuttavia riflettere sulle modalità di utilizzo del decreto-legge non sempre aderente al dettato costituzionale e ai DPCM la cui natura, come si dirà in seguito, è stata ed è oggetto di un ampio dibattito dottrinale.

### **1. L'inizio della storia: Delibera Consiglio dei Ministri, 31.01.2020, assunta in attuazione del D. lgs. 02.01.2018, n. 1, «Codice della protezione civile».**

L'emergenza causata dal *Coronavirus*, ha indotto il Governo a introdurre una disorganica tipologia di atti normativi e/o amministrativi che, in ragione dell'aggravarsi della diffusione dell'epidemia, hanno inciso in modo sempre più penetrante e invasivo sui diritti anche di rango costituzionale di cui sono titolari i singoli cittadini. Tale produzione di atti si presentava e si presenta in modo non sempre coerente e coordinato; si sono sommati e sovrapposti, nel periodo dell'emergenza: atti derogatori rispetto le fonti primarie, fonti secondarie, decreti ministeriali, ordinanze contingibili e urgenti e decreti regionali<sup>6</sup>. È evidente la "confusione" venutasi a creare tra le diverse modalità di produzione emergenziale del diritto: il primo decreto del Ministro della Salute del 25 gennaio 2020, è forse l'unico atto a trovare un legittimo fondamento legislativo rappresentato dal disposto contenuto nell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., p. 3. «Rispetto a tale complessità appare come sforzo titanico quello di ricondurre a sistema e coerenza la normativa sull'emergenza sì da verificare la coerenza di queste pluralità di norme con le singole previsioni costituzionali».

<sup>7</sup> L'art. 32, L. n. 833/1978, oltre che attribuire al Ministro della sanità il potere di emettere ordinanze di carattere contingibili ed urgenti in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale, prevede altresì che nelle medesime materie i Presidenti delle Giunte regionali e i Sindaci possano emanare ordinanze contingibili ed urgenti con efficacia limitata alla Regione o al territorio comunale. Anche l'art. 117, c.1, D. lgs 31 marzo 1998, n. 112, prevede: «In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali». Lo stesso vale per il Sindaco, ex art. 50, Dl 18 agosto 2000, n. 267.

Alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, segue la delibera assunta dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, in attuazione del «Codice della protezione civile» (D. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1), che rappresenta il fondamento della dichiarazione dello stato di emergenza nonché la stessa legittimazione/motivazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>8</sup>. Se bene non venga specificata, la delibera, richiamandosi all'art. 24 del Codice, fa riferimento allo «*stato di emergenza di rilievo nazionale*»<sup>9</sup>. Tuttavia, si tenga presente che ai sensi del c. 1, dell'art. 24, la dichiarazione dello stato di emergenza deve essere basata su dati univoci e concordati, elemento, questo, considerato essenziale dalla stessa Corte costituzionale ma non del tutto rinvenibili nell'atto in esame<sup>10</sup>.

In un primo momento la legittimazione degli interventi del Presidente del Consiglio dei Ministri si è basata su una legge ordinaria<sup>11</sup>, in quanto il Codice in

<sup>8</sup> Decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018, *Codice della protezione civile*, art. 3, c. a): «il Dipartimento della protezione civile, di cui si avvale il Presidente del Consiglio dei ministri nell'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento del Servizio nazionale e per assicurare l'unitaria rappresentanza nazionale presso l'Unione europea e gli organismi internazionali in materia di protezione civile, ferme restando le competenze del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, nonché le Prefetture – Uffici Territoriali di Governo; b) 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...».

<sup>9</sup> Si legge nel decreto della delibera del Consiglio dei Ministri, in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, si è «ritenuto che tale contesto di rischio, soprattutto con riferimento alla necessità di realizzare una compiuta azione di previsione prevenzione, impone l'assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente, per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale;...vista la nota del 31 gennaio 2020 con cui il Ministro della salute ha rappresentato la necessità di procedere alla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale di cui all'art. 24 decreto legislativo n. 1 del 2018 ... su proposta del Consiglio dei Ministri...delibera... 1) In considerazione di quanto esposto in premessa, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, è dichiarato, per 6 mesi dalla data del presente provvedimento, lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. 2) Per l'attuazione degli interventi di cui all'articolo 25, lettere a) e b) del decreto legislativo 8 gennaio 2018, n. 1, da effettuare nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico ...».

<sup>10</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 127/1995. A tale sentenza, riportata nella sua parte più rilevante, fa riferimenti M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 117, il quale sottolinea altresì che «... l'emergenza è uno specifico istituto giuridico ... del quale il diritto positivo definisce i presupposti ex artt. 1 e 7 del Codice, le conseguenze giuridiche, ex artt. 24 e 25 del Codice e i limiti temporali, ex art. 24, c. 3 del Codice...La declamatoria dello stato di emergenza non si sottrae al controllo giurisdizionale al di là dell'evidente crisi dell'atto politico come atto insindacabile, la deliberazione ex art. 24 D. lgs n. 1/2018, è sindacabile perché i suoi presupposti sono stabiliti da una fonte primaria, con la conseguenza che il loro ricorrere può ben essere accertato dal giudice».

<sup>11</sup> F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale*, cit., p. 254, la quale osserva che «...lo stato di emergenza trova la sua giustificazione nel Codice della protezione civile, si configura quale stato che ha rilievo nazionale e presenta conseguenze giuridiche e limiti temporali. Non si tratta di un atto al di sopra di ogni controllo per il sol fatto che viene invocata un'emergenza nazionale per cui la deliberazione ex art. 24 del d. lgs. n. 1 del 2018 è sindacabile perché i suoi presupposti sono stabiliti dalla fonte primaria e la loro esistenza è accettabile da parte del giudice. Ai sensi del comma 1 dello stesso art. 24, infatti, la dichiarazione può essere

esame attribuisce allo stesso poteri di ordinanza in materia di protezione civile «*salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione dell'art. 24*»<sup>12</sup>; il Presidente del Consiglio dei Ministri può esercitare tali poteri «*per il tramite del capo del Dipartimento della protezione civile*» ciò in quanto ai sensi dell'art. 3, c.1, lett. a) del Codice è lo stesso Presidente del Consiglio «*autorità nazionale di protezione civile*» al quale in ogni caso sono imputabili direttamente le determinazioni relative alle politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato centrali e periferiche «*... delle regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale*». Il Codice dispone altresì che spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri adottare le direttive attraverso le quali vengono indicati gli indirizzi per lo svolgimento in forma coordinata delle attività di protezione civile, al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto della peculiarità di ciascun territorio. Il Codice subordina l'emanazione delle ordinanze proprio ai limiti fissati nella dichiarazione dello stato di emergenza, anche se non sempre tale previsione viene correttamente esplicitata come nel caso di specie; si legge nel Codice stesso che le ordinanze «*sono adottate in deroga ad ogni disposizione vigente nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3*». Tuttavia, come si vedrà in seguito, il Presidente del Consiglio dei Ministri è intervenuto non solo in base ai presupposti sopra richiamati ma prevalentemente in base ad atti amministrativi generali, DPCM, che trovano (o dovrebbero trovare) la loro legittimazione nei decreti legge.

## **2. Il decreto legge. La stagione dei decreti legge: dal DI n. 6/2020 del 23 febbraio 2020, Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (CU n. 45 del 23.2.2020).**

Prima di esaminare i singoli decreti legge assunti dal Governo occorre fare una sia pur breve riflessione sul decreto legge stesso. A tal fine partendo dal dato costituzionale la fonte normativa per intervenire nella situazione pandemica, è rappresentata dalla decretazione d'urgenza che la Carta Costituzionale offre per far fronte in via generale nell'ipotesi in cui si versi in una situazione di "necessità" e "urgenza" a cui deve essere ascritta su un piano logico prima che giuridico

---

*adottata solo "sulla base dei dati e delle informazioni disponibili" dati che devono dimostrare la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 7, comma 1, lettera c)».*

<sup>12</sup>*Codice della protezione civile, Art. 24. Deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale (Articoli 5 legge 225/1992; Articoli 107 e 108 decreto legislativo 112/1998; Articolo 5-bis, comma 5, decreto-legge 343/2001, conv. Legge 401/2001; Articolo 14 decreto-legge 90/2008, conv. legge 123/2008; Articolo 1, comma 422, legge 147/2013).*

l'“emergenza” *Coronavirus*. Ciò in quanto occorre rammentare, quale premessa concettuale, che è la Costituzione a dare fondamento al decreto legge contrariamente alla tesi che vorrebbe il «diritto di necessità» quale dato legittimante l'intervento governativo<sup>13</sup>.

A ben vedere il costituzionalismo democratico, sorto per erigere una barriera contro l'eventuale strapotere dell'esecutivo, esclude, in una prospettiva di limitazione del potere che «*i fatti*» possano porsi quali, essi stessi, fonte di produzione del diritto, tesi che mal si coordina col primato della Costituzione e con la sua rigidità. «...[i fatti] *straordinari di necessità e urgenza ... godono di una copertura costituzionale (riconoscimento fondamento) in grado di essere bussole fonte legittimate di atti adeguatamente necessari, rispettosi del criterio di proporzionalità, e nel caso, anche restrittivi delle libertà fondamentali*»<sup>14</sup>. Come ha ricordato nella sua relazione Marta Cartabia, ai tempi Presidente della Corte costituzionale<sup>15</sup> «...*non si rinvengono nella Carta costituzionale clausole di sospensione di diritti fondamentali da attivarsi in tempi eccezionali, né previsioni che i tempi di crisi consentano alterazioni dell'assetto di potere. La Costituzione, peraltro, non è insensibile al variare delle contingenze, all'eventualità che dirompano situazioni di emergenza, di crisi o di straordinaria necessità e urgenza ... tuttavia con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità [offre] alle istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria per navigare per l'alto mare aperto dell'emergenza e del dopo emergenza*». La stessa Corte costituzionale nelle sue pronunce ha più volte sottolineato che il decreto legge deve essere inquadrabile nell'abito della “straordinarietà” e “urgenza”, trattandosi di uno strumento d'intervento ben definito nell'ordinamento anche in virtù della sedimentazione giurisprudenziale che lo ha interessato<sup>16</sup>. I costituenti, forse consapevolmente, hanno deciso di non disciplinare esplicitamente lo «*stato di emergenza*» sulla base di ragioni storiche in quanto una tale disciplina avrebbe potuto dar luogo a forme di sovvertimento dell'ordine costituito<sup>17</sup>,

<sup>13</sup> F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, in *Giornale degli economisti*, 1898, p. 141, secondo il quale la necessità sarebbe la stessa fonte dei provvedimenti che attribuiscono poteri all'esecutivo e che sull'esempio del costituzionalismo germanico darebbero luogo al «diritto di necessità». A questo si oppone la tesi di S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. Dir. Pubbl e della p.a. in Italia*, 1909, p. 220. «*La necessità si può dire che sia la fonte primaria ed ordinaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad esso, le altre sono considerazioni in un certo modo derivate*» v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 114.

<sup>14</sup> A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 560 v. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione Italiana*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) n. 6/2020 v. M. A. SIMONELLI, *Il Covid-19 e la gestione governativa dello stato di emergenza. Una riflessione a caldo*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 28 marzo 2020.

<sup>15</sup> Relazione del 28 aprile 2020 sulle attività della Corte costituzionale nel 2019.

<sup>16</sup> S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit., v. nota n. 18.

<sup>17</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 116, ss. v. A. Mitrotti, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da COVID-19*, in *Rivista Giuridica* [www.AmbienteDiritto.it](http://www.AmbienteDiritto.it), 3/2020, pp. 5, ss., il quale rileva come «*ben diversa – è la sussistenza (la capacità "impositiva") delle ragioni della Salus Rei Publicae in una forma di Stato Costituzional-democratica – laddove il modello di una*

hanno tuttavia previsto l'adozione dei decreti legge quale fonte di disciplina proprio dello stato di emergenza; attraverso il ricorso al decreto legge in caso di necessità e di urgenza (e nella fattispecie del Covid-19 non vi è dubbio che tali presupposti erano e sono palesemente esistenti) si rinvergono, in base al concetto della *salus rei publicae*, limiti «su precise previsioni: l'art. 5 sull'indivisibilità e l'art. 87 sull'unità della Repubblica ma anche in quella della intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, quali argini alla negoziazione pattizia della revisione costituzionale al diritto sovranazionale e al diritto internazionale stesso»<sup>18</sup>. La *salus rei publicae* costituisce il nucleo essenziale della Carta costituzionale italiana sul piano della forma repubblicana, della sua strutturale unitarietà e dei principi costituzionalmente racchiusi nella nozione di «Repubblica democratica». È la stessa forma di Governo parlamentare a scandire i passaggi del rapporto tra Camere e Governo; il decreto legge deve essere convertito dalle Camere in legge nel termine di 60 giorni dalla sua pubblicazione, secondo quanto disposto dal comma 2 dell'art. 77 e, nel caso di mancata conversione, perde efficacia fin dall'inizio. Nell'ipotesi in cui il decreto legge non venga convertito in legge nel termine di 60 giorni dalla sua pubblicazione, le Camere possono regolare i rapporti giuridici sorti in base ai decreti non confermati. La mancata conversione in legge non ha sostanzialmente effetti diversi dal «voto contrario di una od entrambe le Camere sulla proposta del Governo e ciò non implica come noto l'obbligo delle dimissioni dell'esecutivo»<sup>19</sup>. È per questo che alle fonti che disciplinano casi eccezionali non può essere consentita l'abrogazione, ma solo la deroga temporanea delle fonti primarie, in ossequio al pacifico principio della temporaneità dello *spatium temporis* della loro applicazione. Viene sottolineata a tal proposito la «... distinzione tra sospensione e deroga: le fonti emergenziali non si limitano a sospendere per un tempo determinato l'efficacia di una o più norme anteriori, ma - per quel periodo di tempo - disciplinano certe fattispecie in modo diverso da quelle, eppure non producono i medesimi effetti della deroga ordinaria, che, caratterizzata dalla definitività, non è altro che una forma di abrogazione parziale»<sup>20</sup>.

---

*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».*

<sup>18</sup>A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., «Interrogativo che ha trovato innumerevoli tentativi di risposta in dottrina mentre la giurisprudenza costituzionale l'ha sempre in qualche modo schivato dando in genere per scontata che una copertura costituzionale ci sia».

<sup>19</sup>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, 7 ss., Cost., per tacer d'altri, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), Osservatorio emergenza Covid-19, Paper – 23 marzo 2020.

<sup>20</sup>M. LUCIANI, op. cit., p. 114. «La Costituzione fonda i provvedimenti non sulla «necessità» ma sul primato della Costituzione con la sua rigidità. Poiché alla positivizzazione degli interessi conservativi dell'ordinamento non fa seguito una disciplina specifica delle competenze dei procedimenti per la loro tutela, è da ritenere che la legittimazione si indirizzi alla fonte primaria».

I provvedimenti emergenziali si vedono riconoscere la forza di legge con conseguente sindacabilità da parte della Corte costituzionale; tuttavia la fonte primaria, ex art. 77, non può limitarsi alla generica previsione della sua adottabilità stante il fatto che il principio di legalità nel nostro ordinamento va inteso in senso sostanziale e non meramente formale.

Sotto questo profilo la Corte costituzionale ha precisato che è «conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento dell'autorità legittimata»<sup>21</sup>.

Nei «casi emergenziali» non vi è una deroga al normale assetto dei poteri dello Stato, al massimo, come dimostrano le vicende legate al Covid-19, può manifestarsi l'esigenza di interventi derogatori (sospensivi) anche delle libertà costituzionali; tuttavia perché non si incorra in palesi violazioni del dettato costituzionale, occorre che l'adozione dei decreti legge sia rispettosa dell'iter procedimentale previsto nella Carta Repubblicana, il che porta all'affermazione che il sistema non può essere modificato con procedimenti semplificati o da maggioranze governative contingenti. Ciò spiegherebbe la mancanza di una disciplina *ad hoc* in quanto «tali situazioni, sfuggono attraverso la forza del fatto normativo e della necessità ... ad essere inquadrare nelle regole sulla produzione»<sup>22</sup>. «[Si tratta di] un perimetro ampio, dunque, in grado di accogliere la complessità e la molteplicità di fatti emergenziali, e di porsi, tuttavia quale fondamento giuridico puntuale (principio di legalità in senso sostanziale) e relativa fonte sulla produzione rispetto ad atti di normazione secondaria»<sup>23</sup>. A ben vedere l'art. 77, c. 2 della Costituzione, mira a considerare i fatti normativi che vengono in essere al verificarsi di situazioni «straordinarie di necessità e urgenza», anche alla luce dell'art. 15, c. 3, L. 400/1988. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 22/2012, pur negando la capacità del citato art. 15, c. 3, ad assurgere a parametro costituzionale interposto, nella stessa pronuncia ha riconosciuto che, in alcuni dei contenuti del decreto legge in particolare nella specificità, nell'omogeneità e nella corrispondenza al titolo, debba contenere anche il

<sup>21</sup> Così testualmente, Corte costituzionale, sentenza n. 617/1987 ma già prima proprio nella materia che qui interessa, si veda la sentenza n. 115/2011; sul principio di legalità si veda la sentenza n. 32/2020 e da ultimo la sentenza n. 195/2019.

<sup>22</sup> F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) Osservatorio emergenza Covid-19, Paper – 22 aprile 2020.

<sup>23</sup> A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria cit.*, p. 560, «... il concetto di “urgente necessità” di cui all'art. 77 Cost. non può esaurirsi unicamente in un significato empirico, che permetta di qualificare alcuni fatti ma impone di definire il valore attinente alla rilevanza giuridica del provvedere in contesti emergenziali». Sul punto illuminante resta la tesi di S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, cit., v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ediz., Padova, 1993, p. 104.

requisito dell'immediata applicabilità quale tratto caratteristico che «*esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi intrinseco nella natura stessa del decreto legge*»<sup>24</sup>.

Il vero è che l'abuso dello strumento e la sottovalutazione del valore giuridico e normativo dei presupposti della decretazione, come tutte le degenerazioni, hanno concorso a favorire una rappresentazione della disciplina in esame errata, tanto da finire per essere considerata una fonte ordinaria-usuale. Al contrario deve rimanere fermo il principio che il decreto legge nel quadro costituzionale è la fonte normativa di riferimento per la disciplina dei casi relativi a fatti «*straordinari di necessità e di urgenza*» che consente una deroga provvisoria dell'ordine delle competenze legislative, con la traslazione temporanea della funzione normativa dal Parlamento al Governo. Ciò rappresenta una deroga alle norme costituzionali sulla competenza per la forza normativa del fatto emergenziale, venendo ad essere ricondotte sotto la vigenza delle norme sulla produzione attraverso le regole poste al secondo comma dell'art. 77 della Costituzione nonché attraverso il procedimento di conversione<sup>25</sup>. Si tratta quindi di un fattore contingente che spinge il pendolo verso il Governo pur rimanendo fermo il controllo del Parlamento il quale può tempestivamente modificare il punto di equilibrio tra le tutele delle libertà e l'efficacia delle misure straordinarie adottate dal Governo col decreto legge. Non si tratta quindi di una produzione autonoma del diritto scaturente dallo «*stato di eccezione*»<sup>26</sup>, ovvero come possibile strumento di sovvertimento dell'ordine costituzionale, in quanto la decretazione d'urgenza deve essere collocata nell'ambito degli equilibri della relazione fiduciaria Parlamento/Governo tant'è che, cessata la situazione straordinaria la cui durata deve essere indicata nell'atto legislativo in parola, ogni

<sup>24</sup> Così, si esprime la Corte costituzionale nella sentenza n. 22/2012 «*L'art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) – là dove prescrive che il contenuto del decreto-legge «deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo» – pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità in un giudizio davanti a questa Corte, costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento».*

<sup>25</sup> S. STAIANO, *Né modello né sistema*, cit., p. 532. «*La Corte costituzionale si è incaricata di riportare (quando se ne sono create le condizioni politico-istituzionali) la figura del decreto-legge, dopo una lunga stagione di uso improprio, nell'alveo della «straordinarietà», definendo in modo sufficientemente univoco i presupposti di «necessità» e «urgenza»: è dunque disponibile uno strumento di intervento ben definito anche in ragione della sedimentazione giurisprudenziale che lo ha interessato. Strumento che ben può assolvere alla riserva di legge «rinforzata per contenuto» stabilita dall'art. 16 Cost. quanto alle «limitazioni ... per motivi di sanità o di sicurezza». E non ci sono ragioni per ritenere che questo stesso strumento non si presti ad essere adoperato per corrispondere alla riserva di legge stabilita dall'art. 41, c. 3, Cost. nella determinazione di «programmi e controlli», intendendoli come rivolti a verificare la congruenza dell'attività economica con le esigenze derivanti dall'emergenza. Queste esigenze, infatti, anche nella prospettiva delle conseguenze nel tempo, condizionano direttamente il conseguimento dei «fini sociali» ai quali guarda il disposto costituzionale».*

<sup>26</sup> F. DE VANNA, *Il diritto imprevedibile: notazione sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza COVID-19*, in *Nomos, Le attualità del diritto*, n. 2/2020.

potere defluisce entro il proprio alveolo. Certo è che, sotto questo profilo, è indiscutibile il peso assunto ormai dalla legislazione governativa, tanto che non si può più parlare di centralità del Parlamento che ha caratterizzato la storia repubblicana fino agli anni '90, e fa emergere una sorta «*di moto alternato all'interno delle forme di governo*»<sup>27</sup>. In questa chiave, come è stato rilevato, la decretazione d'urgenza pare aver assunto un ruolo privilegiato, sia per il peso sul piano della legislazione -tant'è che essa è diventata un ordinario strumento di normazione- sia perché tale decretazione sembra amplificare le dinamiche che caratterizzano, oggi, l'assetto istituzionale del nostro Paese<sup>28</sup>.

Non vi è dubbio che i decreti legge assunti dal Governo nella situazione del *Coronavirus* abbiano inciso sui diritti dei singoli protetti da riserva di legge, pur tuttavia ciò risulta coerente in relazione alla tutela di altri beni, anch'essi costituzionalmente protettivale, nella fattispecie, il diritto alla salute. Di conseguenza le limitazioni temporanee alla libertà di circolazione, di soggiorno, di espatrio e di riunione, sono tutte derivanti dal bilanciamento tra l'esercizio di tali libertà e la tutela della salute. Il problema quindi non attiene di per sé al merito delle scelte governative, quanto alle modalità di utilizzo dei decreti legge e alla loro tecnica di redazione. Il perdurare della pandemia ha fatto emergere il problema della loro prorogabilità ovvero la proroga o l'abrogazione di parte di essi non ancora convertiti ma superati da altri decreti legge; a ben vedere, in questa fattispecie si dovrebbe applicare il criterio dei decreti legge non convertiti che, come noto, perdono efficacia fin dall'inizio. Hanno rilevato a tal proposito le Commissioni parlamentari nella seduta del 27 maggio 2020, ai sensi dell'art. 77 Cost. come, nell'ipotesi di provvedimenti assunti a fronte della pandemia, talvolta si siano avuti decreti legge abrogati da un successivo decreto legge pur non essendo ancora spirati i termini dei sessanta giorni il ché limita la conversione ovvero il controllo da parte del Parlamento e, d'altra parte come si è detto, deve/dovrebbe comportare la decadenza fin dall'inizio delle disposizioni del primo decreto legge, il quale di fatto viene ad essere non convertito. Tutto ciò lascia perplessi su un piano costituzionale e sul corretto utilizzo del decreto legge tant'è che la dottrina rileva come talvolta venga sostanzialmente inserito all'interno del disegno legge di conversione di un decreto legge, un emendamento governativo «...*solitamente tale emendamento recepisce, in tutto o in parte, le negoziazioni intervenute nell'originaria serie di conversione ma non è affatto raro che il testo "trasfuso" con l'emendamento sia quello di un decreto legge su cui le*

<sup>27</sup> A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova Costituzione materiale?* in Riv. AIC, n. 3/2020, p. 57.

<sup>28</sup> A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa, cit.*, pp. 56, ss. In realtà l'A. s'interroga su un punto particolarmente interessante ovvero il processo di trasformazione della Costituzione materiale che vede la crisi del parlamentarismo nonché il rafforzamento dell'Esecutivo.

*Commissioni parlamentari non hanno nemmeno dato avvio all'esame, dando vita a quella che è definita una conversione "mascherata"»<sup>29</sup>.*

Alla luce di quanto finora esposto occorre esaminare taluni decreti legge rilevando, al di là delle critiche sugli specifici decreti legge, che proprio tale fonte, *secundum ordinem*, nel rispetto della riserva di legge assoluta e del principio di legalità, sia in realtà lo strumento da adottarsi nei contesti emergenziali.

Il fatto che correttamente il Governo abbia utilizzato la decretazione d'urgenza per disciplinare la situazione *Coronavirus*, non esime tuttavia l'osservazione che, proprio il punto più ostico della disciplina giuridica della pandemia, è rappresentato dal Dl n. 6/2020 (successivamente convertito con modifiche in legge del 5 marzo 2020, n. 13, conversione che poco aggiunge al contenuto del decreto legge ma che tuttavia ha coinvolto anche il Parlamento), ove all'art. 3 si prevede che *«le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate... con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle Regioni competenti nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale»*. Occorre osservare, in prima battuta che il Dl n. 6/2020, a norma dell'art. 15, c. 5, L. 400 del 23 agosto 1988, attribuisce poteri di ordinanza al Presidente del Consiglio attraverso l'utilizzo dei DPCM; in seconda battuta vengono legittimate le ordinanze regionali e locali in materia sanitaria che, secondo quanto disposto nel Dl n. 6/2020, potevano e sono intervenute nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio, con grave impatto sulla popolazione che si è vista adottare discipline diverse da regione a regione. Ciò che si vuole mettere in evidenza è che il Dl n. 6/2020 richiama e forse non avrebbe potuto far diversamente, anche le regioni ma ultronea appare la dicitura che le regioni possano intervenire qualora la necessità sia circoscritta alla regione stessa<sup>30</sup>. Non si vede infatti con quale legittimazione i Presidenti delle regioni avrebbero potuto agire al di fuori delle competenze regionali!

<sup>29</sup> *«In ogni caso il fenomeno della confluenza sembra porsi del tutto in contrasto con l'art. 77 Cost., in quanto, attraverso di esso, il Governo dà vita a una disciplina normativa di immediata vigenza che viene cristallizzata definitivamente per il tramite di una conversione abbreviata che, comprimendo i tempi riservati all'esame parlamentare, finisce per garantire all'Esecutivo uno strumento in grado di assicurargli una produzione normativa di matrice propria, di immediata vigenza e di "breve" conversione»* A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa*, cit., pp. 69, ss.

<sup>30</sup> Nella sentenza della Corte costituzionale n. 307/2003, apparentemente in una materia che esula da quella in oggetto, la Corte ha segnato il punto di equilibrio fra l'esigenza della tutela della salute e dell'ambiente dove tra l'altro si legge *«La legge regionale impugnata investirebbe, secondo la difesa statale, le materie della tutela della salute e della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, che sono di legislazione concorrente ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, ed anche la materia della tutela dell'ambiente che, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s, della Costituzione, è di legislazione esclusiva dello Stato. La legge quadro 22 febbraio 2001, n. 36, sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici,*

Fin da una rapida lettura del citato decreto legge, si evidenzia la confusione e l'approssimazione della disposizione in parola. Con il Dl n. 6/2020 si attribuisce al Presidente del Consiglio il potere di ordinanza tramite DPCM. Singolare tuttavia è la previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 3, «*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 articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*». Com'è stato osservato «*Si deve ritenere, dunque, che, nell'ambito di un "caso straordinario di necessità e urgenza", che ha condotto all'approvazione del decreto legge, e in ragione della quale il Presidente del Consiglio sia abilitato ad adottare con ordinanza in forma di decreto, una urgente "misura di contenimento e gestione" (art. 1, c. 1, Dl 6/2020), si possa creare una situazione di urgenza ancora più stringente: quella posizione "estrema" fa pensare ad una contingenza tanto pressante da impedire che possa essere tempestiva l'ordinanza proveniente dall'esecutivo nazionale*»<sup>31</sup>.

Il decreto legge definisce un procedimento di adozione dei provvedimenti e una casistica non tassativa che incidono sulle libertà costituzionalmente garantite, facendo sorgere non poche perplessità in merito al rapporto dello stesso rispetto alle riserve di legge poste dalla Costituzione a salvaguardia delle libertà personali<sup>32</sup>. Nella prospettiva dell'osservanza del principio di legalità e delle riserve di legge, non si può non ribadire che, le fonti emergenziali secondarie se possono derogare alle norme primarie, sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte, possono farlo solo e nella misura e forma così come indicate dalla fonte primaria legittimante (decreto legge) la quale, proprio perché legittimante, non può essere a sua volta derogata. Il vero è che, il decreto legge in questione appare fin da una prima lettura estremamente lacunoso (il termine è volutamente inappropriato) sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo: basti pensare al fatto che, nulla si dice sul soggetto che debba assumere i provvedimenti di

---

*magnetici ed elettromagnetici, avrebbe posto la disciplina integrale ed esclusiva rivolta alla tutela dell'ambiente ed i principi fondamentali per le altre materie, ai quali la legislazione regionale si deve attenere. La legge regionale impugnata in parte avrebbe invaso la sfera statale di legislazione esclusiva ed in parte non avrebbe osservato i principi della legislazione statale».*

<sup>31</sup> «*Se alla locuzione "nelle more" si vuole dare un significato corrispondente allo specifico uso linguistico in campo giuridico, essa non può che stare a designare un arco temporale intercorrente tra l'avvio del procedimento inteso alla emanazione del DPCM e il suo compimento, nel quale, per un caso di "urgenza estrema" si renda necessaria una misura regionale o comunale che anticipi gli esiti della decisione governativa. E quest'ultima potrà sempre rimeditare contenuto e portata dell'ordinanza del Presidente della Regione o del Sindaco*» S. STAIANO, *Né modello né sistema...*, cit., p. 539.

<sup>32</sup> M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza*, cit., p. 180 v. A. D'ANDREA, *Protezione della salute, restrizione della libertà personale e caos normativo*, in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020, il quale dubita che la disciplina primaria posta a base dei DPCM abbia davvero soddisfatto il requisito della riserva di legge.

cui all'art. 1, ove si parla genericamente di «*autorità competenti*»; sotto il profilo oggettivo, in merito alle misure da adottare, queste sono a dir poco vaghe lì dove si prevede altresì che le autorità competenti sono tenute ad adottare “ogni misura” di contenimento e gestione dell'emergenza, adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica. Concetto, questo, che viene ribadito nell'art. 2 dove si legge: «*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'art. 1, comma 1”*». Il ché porta a concordare con quella parte della dottrina che ha definito l'oggetto del decreto legge governativo una sorta di delega «*in bianco*» sia in riferimento alle autorità competenti sia in riferimento alle «...“ulteriori” misure di contenimento e gestione dell'emergenza»<sup>33</sup>; in tal modo il decreto legge diventa una sorta di delega dell'esecutivo all'esecutivo e alle autorità amministrative che sono chiamate a porre in essere tutti gli atti ritenuti idonei a contenere la pandemia, anche se non previsti nello stesso decreto legge. Ma la punta di diamante dell'intero decreto è rappresentata dal comma 4 dell'art. 3, dove si legge «*Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale*»<sup>34</sup>, il ché implica che venga introdotta una fattispecie penale attraverso un decreto legge!

Non è quindi il decreto legge inidoneo a gestire la pandemia ma le modalità di redazione dello stesso che suscitano non poche difficoltà (per non dire riserve circa la sua conformità alla Costituzione) anche in considerazione degli atti attuativi assunti dal Presidente del Consiglio dei Ministri sulla base di tale decreto legge! Dal decreto legge che viene trasformato in un «*decreto delega a favore del Governo*», l'esecutivo fa discendere la competenza all'emanazione dei DPCM, ovvero atti *sub-primari* assunti dal Presidente del Consiglio dei Ministri, senza alcuna garanzia né delle Camere né del Presidente della Repubblica. D'altrocanto tutti i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri trovano la propria fonte giustificativa nel Dl n. 6/2020, il quale come sottolinea Mazzarolli, viene citato espressamente nel *Proemio* «...*autoproclamando illegittimi sé stessi per violazione del “principio di legalità” e al contempo dimostrando la violazione dell'art. 77 della Costituzione da parte del D.L. stesso*»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale, *cit.*, p. 12.

<sup>34</sup> Si osservi come neanche nei DPCM emanati successivamente alla legge di conversione a cui si è fatto riferimento quest'ultima venga richiamata, ma il riferimento continua ad essere nel *Proemio* sempre e soltanto il decreto legge n. 6/2020.

<sup>35</sup> L. A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale, *cit.*, p. 19. «*Questa però è anche la ragione per la quale non mi sta bene il decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6 cit., nella parte in cui si auto configura come DL ... di delega (in parte confusa, in parte non puntuale e in parte in bianco). All'esercizio dei poteri del Presidente del Consiglio e ai suoi – uno, tre, cinque, dieci, cento ... - DD.PP.CC.MM.*», L. A. MAZZAROLLI citando gli atti del Convegno contenuti nel volume AA.VV., (a cura di) S. PERONGINI, *Al di là del nesso autorità e libertà: tra legge e amministrazione*, tenutosi a Salerno nei giorni 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, così si esprime, in parte riprendendo le parole testuali del volume precitato, in parte aggiungendo sue osservazioni: «*Proprio per quanto sottolineato nella lettura che precede (l'uso*

Per un verso, il decreto legge che delega l'attribuzione di poteri dal Governo a soggetti terzi (e, in questo caso, terzo è anche il Presidente del Consiglio) perde la parte più rilevante della sua natura che è quella dell'immediatezza degli effetti che s'intendono ottenere, essendo questi differiti all'adozione proprio dei DPCM; per altro verso, i numerosi DPCM non perdono certo la loro natura di atti tipicamente amministrativi e non di carattere di normazione secondaria, *ex lege* n. 400/1988<sup>36</sup>.

### **2.1. Segue: al Dl n. 19/2020 del 25 marzo 2020, Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus (GU n. 79 del 25.3.2020).**

Al Dl n. 6/2020 fa seguito il Dl n. 19/2020, per "sanare"<sup>37</sup> l'incostituzionalità del primo decreto; tuttavia, tale decreto legge che avrebbe dovuto provvedere ad un riordino della materia, ricomprende tutte le discipline emanate col primo decreto (ancora in vigore in virtù della legge di conversione dello stesso del 5 marzo 2020, n. 13) lasciando così inalterati i non pochi dubbi interpretativi già emersi, volti a capire

---

*“ordinario” di una fonte “straordinaria” nel corso di un’“emergenza” (del pari) straordinaria che si prolunga nel tempo) tutti i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che fanno dipendere la propria esistenza dalle previsioni del DL n. 6/2020 cit. citandolo espressamente nel Proemio, come propria fonte giustificativa, autoproclamano illegittimi sé stessi per violazione del “principio di legalità” [so bene che a molti non piace ... più, ma io ci sono ... affezionato più che altro perché spiega bene il principio di separazione dei poteri e la dipendenza del potere amministrativo da quello legislativo] e al contempo dimostrano la violazione dell’art. 77 Costituzione da parte dello stesso».*

<sup>36</sup> Sentenza della Corte Costituzionale n. 26/1961, dove si legge che i poteri conferiti al Prefetto (autorità amministrativa) della fonte primaria censurata dalla Corte, «non possono in alcun modo considerarsi di carattere legislativo, quanto alla loro forma e quanto ai loro effetti. Quanto al loro contrasto, i relativi provvedimenti, finché si mantengono nei limiti dei principi dell'ordinamento giuridico, non possono essere tali da invadere il campo riservato alle attività degli organi legislativi, né a quelli degli organi costituzionali dello Stato: il rispetto di quei limiti impedisce ogni possibile violazione degli articoli 70, 76, 77 e dell'art. 1, secondo comma della Costituzione. Difatti anche a volerli considerare come atti aventi carattere normativo i provvedimenti ... restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi: essi sono legittimati quando siano emanati in base ai presupposti nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni espresse nella precedente sentenza [n. 8/1956]». La Corte inoltre ritiene che «nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una materia (ad esempio art. 13 terzo comma) [riserva assoluta di legge] non può concepirsi che nella materia stessa la [fonte primaria attributiva del potere] permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongono in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula in base alla legge o di uguale significato [riserva relativa] giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito ...».

<sup>37</sup> «Se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come il principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziosa la legge che lo violi), l'art. 2 del d.l. n. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti» M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 112.

almeno a livello nazionale, quali siano le prescrizioni vigenti<sup>38</sup>. Inoltre fa salvo il potere di ordinanza del Ministro della Salute in caso di estrema “necessità” e “urgenza” nelle more dell’adozione del DPCM, limitatamente a settori di competenza (ancora una volta si prevede un’emergenza nell’emergenza tale da non poter attendere l’emanazione del DPCM); infine il decreto legge tende (con buona volontà) a regolare i rapporti tra Governo e Parlamento e quindi esplicitamente all’art. 2, c. 5, prevede che i DPCM siano comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione e che il Presidente del Consiglio dei Ministri o un suo delegato, debba riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure di emergenza adottate<sup>39</sup>.

Bisogna tuttavia riconoscere il merito del Dl n. 19/2020, di una maggiore precisione rispetto al precedente Dl n. 6/2020 almeno sulle tipologie di restrizione che possono essere apportate alle libertà dei diritti fondamentali, come si deduce dall’art. 1, c. 2 dello stesso: all’art. 1, vengono a essere tipizzati i casi in cui sulla totalità del territorio nazionale o su parti di esso, possono essere adottate le misure di cui al c. 2, reiterabili fino al 31 luglio 2020, il che implica anche il requisito della temporaneità della misura restrittiva come vuole la decretazione d’urgenza. La tipizzazione di cui al c. 2, art.1, diventa tassativa e dettagliata non facendo altro che riprendere le fattispecie che avevano già trovato concretezza nei precedenti DPCM. Quasi tutte le ipotesi si sostanziano in fattispecie limitative delle libertà, di cui agli artt. 16, 17 e 41 della Costituzione, tuttavia non poche riserve suscita la fattispecie di cui alla lett. e) ovvero il «*divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte a misura di quarantena perché risultate positive al virus*», fattispecie apparentemente ben diversa dalle altre ed in particolare dalla libertà di circolazione e soggiorno, non essendo prevista per tale libertà in via generale come vuole la Costituzione, ma solo nei confronti di specifici individui sottoposti alla quarantena, sì da ricondurla ad una limitazione della libertà personale *ex art. 13* della Costituzione giustificata dalla necessità di garantire il pari diritto alla salute dei cittadini. Nessuno contesta nel merito la disposizione in questione, ciò che si contesta è che tale disposizione non trovi una propria legittimazione giuridica nella norma interposta, neanche nel secondo decreto legge. L’art. 2 legittima in contrasto a quanto previsto dalla Costituzione quale fonte di normazione emergenziale, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e non il decreto legge stesso. Inoltre, singolare è la

---

<sup>38</sup> G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?* in *Riv. Il Dubbio*, 4 aprile 2020, il quale osserva che per quanto possa essere apprezzato lo sforzo contenuto nel Dl n. 19/2020, tale sforzo non ha prodotto la razionalizzazione delle fonti «*al caos delle fonti si è aggiunto il caos delle interpretazioni*».

<sup>39</sup> F. CINTOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) del 6 aprile 2020. L’A. ritiene che il decreto legge n. 19/2020 «*...mostra un approccio sistematico al regime dell’emergenza, proclamata sino al 31 luglio 2020 in sintonia con quanto deliberato a suo tempo dal Consiglio dei Ministri*».

previsione contenuta nell'art. 3, c. 3, Dl n. 19/2020, laddove vengono fatti salvi gli effetti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze contingibili e urgenti già adottate dal Ministro della Salute, ai sensi dell'art. 32, legge 23 dicembre 1978, n. 833, le quali ordinanze in forza del Dl n. 6/2020, non sempre si limitavano alle materie di stretta competenza del Ministro della Salute. Osserva Belletti «*con un intervento normativo più unico che raro, soprattutto considerando la situazione di grave emergenza, in sostanza, l'esecutivo si rende conto, con grave e colpevole ritardo, che tutta l'attività normativa posta in essere fino a quel momento è totalmente priva di base legale conferendo detta base legale a posteriori in sanatoria, confermando così contestualmente la portata retroattiva non solo alla disciplina di sanatoria, ma anche alle discipline sanate, le quali, sotto il profilo sostanziale, sono fortemente limitative delle libertà fondamentali...*»<sup>40</sup>.

Elemento positivo rispetto al precedente Dl n. 6/2020, è che alla sanzione penale viene sostituita una sanzione amministrativa che si applica anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del Dl n. 19/2020. Il Dl 19/2020 sancisce, infatti, l'abrogazione *ex art. 5, c. 1, lett. a) - b)*, Dl n. 6/2020 e parimenti l'art. 35 del Dl n. 9 del 2 marzo 2020<sup>41</sup>. Tuttavia, l'attività amministrativa/normativa del Governo non cessa, trovando l'ennesima proroga delle misure di totale *lockdown* disposta con DPCM 10 aprile 2020.

Occorre citare altresì il Dl n. 22 dell'8 aprile 2020, il quale sulla base della straordinaria "necessità" e "urgenza" che l'emergenza epidemiologica veniva a produrre sul sistema scolastico e la necessità di dover prevedere misure in tema di svolgimento di esami di Stato e di abilitazione all'esercizio della professione, vengono attribuiti poteri di ordinanza al Ministero dell'istruzione e al Ministero dell'Università e della ricerca. A tale decreto legge fa seguito il Dl n. 23/2020 dell'8 aprile 2020, contenente misure urgenti in materia di accesso al credito e gli adempimenti fiscali per le imprese nonché la proroga dei termini amministrativi e processuali. A questo fa seguito il Dl n. 34 del 19 maggio 2020<sup>42</sup> il quale, come ha rilevato il Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati nel parere del 27 maggio 2020, si tratta del decreto legge più lungo della storia repubblicana che, di fatto, impedisce un dibattito equilibrato che tenga conto di tutti gli interessi in gioco. Inoltre si è osservato come tale decreto legge metta insieme norme diverse, alcune riferite alla pandemia altre che rinviano a decreti successivi attuativi, altre che abrogano norme di precedenti decreti legge.

<sup>40</sup> M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza*, cit., pp. 191, ss.

<sup>41</sup> Dl n. 9 del 2 marzo 2020, *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19* (GU n. 53 del 2.3.2020).

<sup>42</sup> *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, (GU n.128 del 19-5-2020 - Suppl. Ordinario n. 21).

## **2.2. Segue: al Dl n. 33/2020, del 16 maggio 2020, *Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19* (GU n. 125 del 16.5.2020).**

Anche nel Dl n. 33 del 16 maggio 2020, vengono nel *Proemio* indicati espressamente quale base giuridica, gli artt. 77 e 87 della Costituzione, inoltre, si legge sempre nel *Proemio* che «... visto l'art. 16 della Costituzione, che consente limitazioni della libertà di circolazione per ragioni sanitarie ... preso attodell'attuale stato della situazione epidemiologica»; si dispone, all'art. 1 che, a decorrere dal 18 marzo 2020, cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale mentre il secondo comma sempre dell'art.1 vieta gli spostamenti fino al 2 giugno 2020 da una regione all'altra «salvo che per comprovate misure lavorative», così come vengono vietati gli spostamenti da e per l'estero. Il comma n. 6 dell'art. 1, invece, fa divieto di mobilità alle persone sottoposte a quarantena, dato questo già presente nel Dl n. 19/2020 e addirittura nel Dl n. 6/2020 dove lo spostamento implicava la sanzione penale. Vengono vietate tutte le situazioni che possono dar luogo ad assembramenti, comprese le funzioni religiose. In generale si deve osservare che molti degli interventi straordinari adottati dal Governo per contenere gli effetti dell'epidemia sulla salute collettiva e sull'economia reale del Paese sono, infatti, strettamente legati nei loro presupposti di efficacia, alla dichiarazione dello stato di emergenza disposta per il periodo 31 gennaio – 31 luglio 2020 e nei successivi decreti legge salvo limitate variazioni. In verità il Dl n. 33/2020 regola quella che viene definita «fase due» anche se restano inalterati gli strumenti già utilizzati nella c.d. «fase uno». Sostanzialmente si è avuto in questo periodo anche tramite i DPCM emanati dal Presidente del Consiglio dei Ministri, una esigua attenuazione delle misure restrittive adottate in precedenza che tuttavia ha richiesto ancora l'uso delle autocertificazioni per la mobilità, così come è stata concessa la riapertura di nuove attività economiche comprese quelle commerciali, sia pure limitatamente per i servizi da asporto e di consegna a domicilio. Nel decreto legge, in via di estrema sintesi viene ribadito che la distanza di sicurezza interpersonale è di almeno un metro; tali misure rappresentano criteri comuni per lo svolgimento dello sport e di attività di relazione sociale non solo a carattere culturale, sicché la partecipazione del pubblico a singoli eventi sportivi di minore entità, dovrebbe essere consentita solo a partire dal 1 settembre 2020. Gli spettacoli aperti al pubblico in sale e teatri, sale di concerto, sale cinematografiche ed altri spazi all'aperto, sono svolti con posti a sedere distanziati. Vengono rinviate al 1 settembre 2020 le manifestazioni fieristiche e i congressi previa però adozione dei protocolli validati dal Comitato scientifico. Le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono secondo i protocolli previsti dal Governo; in ogni caso le riunioni devono garantire il rispetto della distanza interpersonale di almeno un metro. Per la ripresa dei servizi educativi e della

didattica a scuola di ogni ordine e grado le istituzioni scolastiche continuano a predisporre ogni misura utile per l'avvio dell'anno scolastico 2020/2021. Il 18 maggio 2020 è stato invece caratterizzato da una ripresa di molte attività economiche e di una mobilità libera all'interno del territorio regionale.

### **2.3. Segue: al Dl n. 83/2020 del 30 luglio 2020, *Misure urgenti connesse con la scadenza della dichiarazione di emergenza epidemiologica da COVID-19 deliberata il 31 gennaio 2020 (GU n. 190 del 30.7.2020).***

Alla data del 31 luglio 2020 sarebbe spirato il termine precedentemente indicato sullo «*stato di emergenza*»; lo spirare di tale termine avrebbe travolto anche le misure assunte con i decreti legge precedentemente emanati nonché i DPCM del Presidente del Consiglio dei Ministri. E' questa la ragione per cui, con delibera adottata nella seduta del 29 luglio 2020, il Consiglio dei Ministri si è avvalso ancora una volta, dell'istituto della proroga dello stato di emergenza fino al 15 ottobre 2020, contestualmente emanando un nuovo decreto legge, il Dl n. 83/2020, al solo fine di estendere fino a tale data la disciplina di una parte delle misure precedentemente assunte, come indicato nell'art. 1 del presente decreto.! A tale decreto legge fa seguito l'ordinanza del Ministro della sanità del 30 luglio 2020, dal titolo *Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19* (G.U., Serie generale, n. 191 del 31 luglio 2020). Per chiarire l'intera situazione, al decreto legge n. 83/2020 viene aggiunto l'allegato 1, contenente le modifiche temporali previste dai precedenti decreti legge. Col Dl n. 83/2020 sinteticamente si può dire che vengono prorogati i termini della maggior parte delle misure adottate nei precedenti decreti al 15 ottobre 2020; per altre misure, invece, si prevedono termini diversi ad esempio per ciò che attiene la sospensione e il rinvio delle udienze processuali.

Occorre tuttavia osservare, in linea di estrema sintesi che, sovente i contenuti dei decreti legge (vedi ad esempio il rapporto del Dl n. 6/2020 rispetto al Dl. n. 33/2020, tra loro peraltro non omogenei) hanno dato luogo al fenomeno della "confluenza" dei decreti legge dato questo distorsivo rispetto alla *ratio* dell'art. 77 Cost., mettendo in crisi il peso dei lavori delle Commissioni parlamentari ma soprattutto il ruolo della legge di conversione.

### 3. I decreti del Ministero della Salute.

Fatta la breve disamina sui più significativi decreti legge, occorre soffermarsi sui decreti emanati dal Ministero della Salute. A tal fine si osservi come già accennato in premessa come, prima ancora della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, è il Ministro della Salute che dichiara lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario con Ordinanza del 25 gennaio 2020, introducendo misure contro la diffusione del *Coronavirus*, con particolare riferimento (come si legge nell'art. 1) ai casi relativi ai passeggeri sbarcati in Italia e provenienti da Paesi comprendenti tutte quelle aree in cui si era già verificata una trasmissione autoctona del *Coronavirus*. L'elemento che caratterizza il decreto del Ministro della Salute è che questo viene adottato in base all'art. 168 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e in base all'art. 32, L. 833, 23 dicembre 1978, istitutiva del servizio sanitario nazionale. Nel *Proemio* si legge tra l'altro «*Considerato che la sorveglianza sanitaria costituisce una misura che consente all'autorità competente di perseguire lo scopo di contenere la diffusione delle malattie infettive diffuse; ...*» si dispone la misura della quarantena con sorveglianza attiva per quattordici giorni per tutti i soggetti che abbiano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva Covid-19, imponendo inoltre l'obbligo della comunicazione al Dipartimento di prevenzione dell'Azienda sanitaria territorialmente competente, ai soggetti che negli ultimi quattordici giorni abbiano fatto ingresso in Italia dopo aver soggiornato nelle aree della Cina interessate dall'epidemia.

La misura di per sé non è certo priva di una sua logica ma ciò che interessa ai fini della presente riflessione, è che l'ordinanza del Ministero della Salute trova un sicuro fondamento normativo nell'art. 32, L. 833/1978, mentre la proclamazione dello stato di emergenza nazionale poggia la sua legittimità sul Codice della protezione civile: nel comma 1 dell'art. 1 del Codice si prevede che la protezione civile e le sue funzioni siano costituite «*...dall'insieme di competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni e dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origini naturale o derivanti dall'attività dell'uomo*». Come rileva Luciani, questo insieme di competenze si appunta anche su materie affidate al Ministero della Salute, dall'art. 47 bis, D. lgs n. 300/1999, secondo il quale «*Nell'ambito e con finalità di salvaguardia e di gestione integrata dei servizi socio-sanitari e della tutela dei diritti e della dignità della persona umana e alla salute, sono attribuite al Ministero le funzioni spettanti allo Stato in materia di tutela della salute umana, di coordinamento del sistema sanitario nazionale, di concerto col Ministero dell'economia e delle finanze per tutti i profili di carattere finanziario, di sanità veterinaria, di tutela della salute nei luoghi di lavoro, di igiene e sicurezza degli alimenti*»<sup>43</sup>. Cosicché sono fonti diverse

<sup>43</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 128, nota 95.

quelle che regolano le competenze del Ministero della Salute strettamente circoscritte all'integrità della vita e delle persone. Si osservi, come già detto sotto un diverso profilo, che il Dl n. 19/2020, sembra derogare alla legge 833/1978 venendo a ridurre i margini di intervento del Ministro, prevedendo che nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, solo in caso di estrema "necessità" e "urgenza" possono essere adottate dal Ministero della Salute ai sensi dell'art. 32, L. 833/1978, solo le ordinanze di stretta competenza di tale Ministero<sup>44</sup>.

Talvolta i decreti del Ministero della Salute dichiarano di operare in attuazione dei decreti legislativi o delle previsioni dei DPCM adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Tale base giuridica si discosta dalla previsione contenuta nella legge istitutiva del servizio sanitario nazionale tant'è che, tali interventi si potrebbero far rientrare nelle «*misure ulteriori*» di cui al Dl n. 6/2020, rimanendo difficile dire se le stesse esulino o meno dalle competenze ministeriali.

Un caso singolare è il tema del trasporto pubblico locale per il quale il Governo, dopo aver disposto il distanziamento sulla base di timide aperture del precedente DPCM, perviene alla conclusione che siano sottratti al distanziamento i treni *inter* regionali, gli aeromobili per i quali si sta tutt'oggi approntando con non poche difficoltà, stante anche l'aumento dei casi di Covid-19. Altre ordinanze sono state adottate in materia di ingresso e transito nel territorio nazionale per i soggetti provenienti da Paesi che presentavano maggiori rischi epidemici<sup>45</sup>.

Purtroppo l'apertura delle scuole, il periodo di rientro dalle ferie, l'abbassamento delle temperature hanno reso necessarie tali misure sanitarie sulle quali, tuttavia, gli stessi medici non sempre sono d'accordo!

#### 4. I DPCM.

A fronte dei decreti legislativi che autodelegano il Governo all'emanazione di atti amministrativi generali, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha attuato le previsioni contenute in tali decreti tramite lo strumento del DPCM nonostante che il

---

<sup>44</sup> Si richiama l'ordinanza del Ministero della salute del 16 luglio 2020, nella quale vengono disciplinati i divieti di ingresso e di transito nel territorio nazionale; l'ordinanza del 24 luglio 2020, nella quale viene disciplinato l'ingresso nel territorio nazionale dei soggetti provenienti dalla Bulgaria e dalla Romania; l'ordinanza del 30 luglio 2020, sempre in materia di ingresso e transito nel territorio nazionale.

<sup>45</sup> Con l'Ordinanza del Ministro della sanità del 16 luglio 2020 viene prevista la possibilità di sottoporre a tampone anti Covid-19 tutti i passeggeri che facciano ritorno da Paesi nei quali la pandemia risulta ancora acclarata, quali Bulgaria, Romania e altri Paesi che si aggiungono a quelli già segnalati (G.U., Serie generale n. 178, 16 luglio 2020). A questa ordinanza segue quella del 30 luglio 2020 sempre in materia di disposizioni di ingresso e transito nel territorio nazionale. Ulteriori ordinanze attengono all'uso dei tamponi per i passeggeri in arrivo da Croazia, Grecia, Malta e Spagna; in questo senso aeroporti, stazioni ferroviarie e porti si sono attrezzati per garantire ai passeggeri l'uso di tale profilassi così come il Ministero sollecita l'uso dell'esame sierologico ed infine dell'antinfluenzale.

decreto legge non dovrebbe avere necessità di atti applicativi dello stesso! Il vero è che i decreti legge emanati nel primo periodo (vedi Dl n. 6/2020) sono stati utilizzati più per porre le basi ai fini di una legalità meramente formale di provvedimenti amministrativi adottati per la concreta gestione dell'emergenza che non per soddisfare i requisiti richiesti dalla Costituzione sì da attuare una legalità «*meramente formale*» e non di «*carattere sostanziale*», secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale, la quale così si è espressa «... *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*»<sup>46</sup>. Né d'altro canto il Dl n. 19/2020 e il conseguente Dl n. 33/2020, con l'intento di "sanare" la situazione così come disciplinata dal precedente decreto, fanno sorgere dubbi e perplessità per la discutibile capacità «*retroattiva*» di un decreto legge non ancora convertito idoneo a sanare gli effetti della disciplina di un altro decreto legge il quale, benché emanato in palese violazione del principio di legalità sostanziale, è venuto ad avere effetti limitativi dei diritti fondamentali previsti dalla Carta repubblicana.

Amnesso e non concesso che in questo scenario possa ricorrersi a una fonte secondaria che di fatto viene ad abrogare fonti primarie intervenendo su queste, in ogni caso occorre rammentare come, il perimetro normativo nel quale possono muoversi i DPCM per governare e gestire l'emergenza sanitaria, dovrebbe essere quello previsto nel decreto legge a cui si fa riferimento, in ottemperanza all'art. 77 della Costituzione. In presenza di casi straordinari di "necessità" e "urgenza", la decretazione d'urgenza costituisce, come si è detto, il fondamento giuridico di atti normativi primari *secundum ordinem*; come osserva sul punto Lucarelli, l'ampia formulazione di cui all'art. 77 Cost., consente di ricondurre nel suo ambito, fatti quali la pandemia in corso<sup>47</sup>. Questa interpretazione ordinata delle fonti è coerente con il sistema, così come delineato in Costituzione, avrebbe evitato il ricorso ad atti quali i DPCM, o comunque li avrebbe ricondotti nell'alveolo di atti a mero contenuto esecutivo o attuativo in osservanza del principio di legalità sostanziale e della riserva di legge, ancora oggi baluardi dello Stato democratico<sup>48</sup>. Ogni misura di contenimento e di gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica, è adottata sulla base della suddetta procedura nella forma giuridica del DPCM, ovvero di un atto monocratico di titolarità e responsabilità politica del Presidente del Consiglio dei Ministri. Detti DPCM andrebbero considerati, secondo una parte della dottrina, quali fonti emergenziali al pari di un'ordinanza *extra*

<sup>46</sup> Corte costituzionale, sentenza 7 aprile 2011, n. 115; cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 116, ss.

<sup>47</sup> A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 566, ss.

<sup>48</sup> G. SILVESTRI, *Situazioni di emergenza e garanzie costituzionali*, in corso di pubblicazione, pp. 8, ss.

*ordinem*<sup>49</sup>, ovvero atti normativi *sub* primari derogatori delle norme primarie che trovano fondamento nel principio del *primum vivere* in combinato disposto con il principio della *salus rei publicae*; nel caso di specie s'innalza il valore della tutela della salute intesa in riferimento al singolo ma soprattutto intesa in riferimento alla collettività. Tuttavia, se si vuole limitare il ragionamento intorno all'art. 32 Cost., per quanto i principi sopra richiamati abbiano una più ampia portata come si dirà in seguito, risulta evidente come tale diritto fissi un principio prescrittivo e contestualmente ispiratore di politiche pubbliche ma non idoneo, stante l'assenza di aspetti di natura procedurale, a costituire il fondamento giuridico e fonte sulla produzione degli atti tesi ad attuare misure amministrative a seguito dell'emanazione di decreti legge fondati sulla "necessità" e "urgenza". Nessuno dubita che, la tutela della salute implichi l'adozione di determinate politiche pubbliche volte a soddisfare un diritto fondamentale nella sua dimensione di diritto sociale; pur tuttavia, un aspetto è la tutela della salute quale diritto fondamentale garantito dalle fonti e reso effettivo sulla base di mirate politiche pubbliche, ben altro è invece l'emergenza sanitaria, legittimata con eccesso di discrezionalità attraverso il ricorso a fonti *extra ordinem*. Se si fossero adottati dei decreti legge al posto dei DPCM si sarebbe evitata l'*iper* valorizzazione del ruolo assunto dal Presidente del Consiglio in questa fase; l'utilizzo invece dei DPCM di fatto, ha svuotato la natura e l'essenza originaria del decreto legge, legge materiale che in via transitoria, fin tanto che non venga convertita, può limitare nel rispetto della riserva assoluta le libertà fondamentali, cosa che non può fare la normazione secondaria. Il vero è che, l'emergenza sanitaria rientra in quei casi straordinari di "necessità" e "urgenza", propri del decreto legge e non dei DPCM che invece, in via di fatto, sono venuti a ricoprire la funzione di fonte dominante protagonista del processo emergenziale. Il rapporto tra legge materiale e DPCM va analizzato innanzitutto nell'osservanza del principio di legalità sostanziale e nella riserva assoluta di legge. In tal senso, i decreti del Presidente del Consiglio non potrebbero prevedere disposizioni difformi o c.d. disposizioni *in melius* da quelle previste dai decreti legge; «questo, anche per consentire che il decreto del Presidente del Consiglio, possa essere assoggettato al sindacato giurisdizionale, misurandone, rispetto al fondamento-riconoscimento e al fondamento-attribuzione, la sua legittimità»<sup>50</sup>. Ne è esempio il Dl n. 6/2020, in rapporto ai DPCM legittimati dal decreto legge; ora, a ben vedere tali DPCM sono venuti ad adottare misure non previste e non legittimate dai decreti legge stante anche la vaghezza della normativa.

<sup>49</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 125.

<sup>50</sup> A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 568. Rileva ancora l'A. che il Governo non perimetra né limita l'azione del DPCM, anzi in merito al rapporto tra decreto legge n. 6/2020 e i DPCM, si tratta di una delega in bianco a favore delle c.d. autorità competenti non specificate, come si è detto anche nel testo.

Se le disposizioni contenute nei DPCM fossero state adottate con decreto legge, come suggerito da taluni, ciò avrebbe imposto un fortissimo *stress* sulla tenuta della decretazione d'urgenza quale fonte del diritto; peraltro stante il periodo temporale talvolta molto breve tra un DPCM e l'altro, il problema si sarebbe spostato sulla conversione dei decreti legge ove questi avessero preso il posto dei DPCM, soprattutto nell'ipotesi della mancata conversione.

Tuttavia, ciò che più di ogni altro profilo crea non poche riserve è che i DPCM, atti amministrativi generali diretti a categorie ben precise ed individuabili sulle quali incidono direttamente, mancano di un'effettiva motivazione in merito alle misure restrittive adottate, pur essendo sottoponibili al sindacato del Giudice. *«Infatti l'esigenza di ben commisurare ogni singola misura in un rapporto stretto con l'andamento epidemiologico concretamente in atto in una determinata situazione o in un determinato periodo – esigenza prevista espressamente nei dl autorizzativi dell'adozione di misure derogatorie restrittive – dovrebbe esigere, almeno per i provvedimenti adottati nelle fasi successive al massimo confinamento della popolazione, sia misure restrittive differenziate in modo più analitico in rapporto alle esigenze sanitarie, sia anche prescrizioni di misure di profilassi di massa (come il rilevamento dei tamponi), che invece tuttora stentano ad essere adottate anche per esigenze economiche ed organizzative»*<sup>51</sup>.

La mancanza di motivazione non può essere sopperita dal fatto che i provvedimenti limitativi delle libertà personali adottati con DPCM facciano un "generico" riferimento al parere del Comitato tecnico scientifico che sembra così chiamato a valutarne, non solo i profili tecnico-scientifici, ma anche la loro adeguatezza e proporzionalità. A ben vedere tale valutazione dovrebbe costituire la premessa logica delle scelte politiche inerenti al bilanciamento delle esigenze e dei diritti costituzionalmente garantiti e non la motivazione degli stessi! Infatti, i principi di adeguatezza, di proporzionalità e quello di gradualità delle misure in connessione con l'andamento del contagio, sono le basi del principio di legalità sostanziale (normative) delle misure stesse e devono essere espresse e motivate in ogni DPCM<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria ...*, cit., p. 714. Si osservi che Solo in quest'ultimo periodo, in previsione dell'apertura dell'anno scolastico, sono state attuate misure di profilassi notevolmente maggiori pur non riguardando la totalità dei cittadini.

<sup>52</sup> Sul punto si veda ancora P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria ...*, cit., p. 715. Osserva l'A. *«... per valutare l'«adeguatezza» di ogni misura occorre dimostrare l'inadeguatezza di altre misure più forti o meno forti rispetto all'esigenza di prevenire o contenere il contagio. Per la "proporzionalità" occorre valutare la necessità di adottare il più celermente possibile le misure idonee, per evitare effetti più gravi, o al contrario, valutare l'esigenza di misure meno rigide e invasive con riguardo al grado di diffusione sul territorio del contagio. In tal senso si deve utilizzare il principio di precauzione che secondo la giurisprudenza amministrativa impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore), in contesti determinati, di prediligere, tra le plurime ipotizzabili la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità. ... Per la "gradualità" occorre valutare l'andamento nel tempo e nello spazio del contagio e darne ragione, per inasprire talune misure locali o per attuare o revocare misure non più localmente indispensabili»*.

La tesi trova conferma nel parere del Consiglio di Stato (Commissione speciale del 20 settembre 2017, n. 226) il quale ha rilevato che, nell'adozione di misure quali quelle contenute nei DPCM, si deve utilizzare il principio di precauzione che, secondo la giurisprudenza amministrativa, impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore) in contesti determinati di prediligere, tra le ipotesi plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile. Senza voler fare una disamina su tutti i vari DPCM (che non aggiungerebbe alcunché rispetto a quanto già detto nella parte iniziale del paragrafo) merita una riflessione specifica quello adottato il giorno 8 marzo 2020, che dichiara di trovare la sua base giuridica nel Dl n. 6/2020 ma, a ben vedere, di contenuto diverso ed ancora più limitativo delle libertà personali coperte da riserva di legge, rispetto allo stesso decreto legge. Infatti, le disposizioni del precitato DPCM precisano che, per la regione Lombardia, per le province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio Emilia, Rimini, Pesaro-Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, *ex art. 1*, si dispongono forti limitazioni in entrata e in uscita degli spostamenti delle persone fisiche venendo così a costituire la c.d. «zona arancione». Ora, questo è un fatto nuovo rispetto al decreto legge il che comporta che il DPCM -sia pure tenendo conto della genericità del concetto di «*ulteriori misure*» previste nel Dl n. 6/2020- non è un mero atto esecutivo del decreto legge. All'art. 2, sempre del DPCM in esame, si prevedono misure più rigorose rispetto a quelle precedenti valevoli per tutto il territorio nazionale<sup>53</sup>, sulla base della laconica considerazione dell'evolversi della situazione sanitaria, venendo così a mancare anche la specifica motivazione dell'atto esecutivo.

Ma vi è di più: la divulgazione del contenuto del decreto prima della sua adozione e della sua pubblicazione, ha determinato la famosa «*fuga dal Nord*» in particolare da Milano, con conseguente rischio di estensione del contagio cosicché, il 9 marzo 2020<sup>54</sup>, si è adottato un ulteriore DPCM che sostanzialmente estende i limiti della zona arancione a tutto il territorio nazionale; è inoltre vietata ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico così come sono vietate le attività sportive. Le misure adottate sono efficaci fino al 3 aprile 2020, due giorni dopo con successivo DPCM, 11 marzo 2020<sup>55</sup>, vengono ulteriormente irrigiditi

<sup>53</sup> Si rammentino i DPCM del 1 marzo 2020 e del 4 marzo 2020.

<sup>54</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 9 marzo 2020. *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*, in G.U. n. 62 del 9 marzo 2020.

<sup>55</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 11 marzo 2020. *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*, in G.U. n. 64 del 11 marzo 2020. In esso viene ulteriormente irrigidito il sistema delle chiusure salvo alcune eccezioni espressamente previste quali le attività di ristorazione ad eccezione delle consegne a domicilio, i servizi alla persona quali barbieri,

i sistemi delle chiusure, secondo criteri di progressività relativamente alle attività commerciali al dettaglio. L'art. 2 dispone che, con l'entrata in vigore del DPCM in questione, perdono efficacia le misure dei DPCM dell'8 e 9 marzo ove incompatibili con il nuovo DPCM<sup>56</sup>.

Dopo l'entrata in vigore del D.I. n. 19/2020, viene adottato il DPCM 10 aprile 2020<sup>57</sup>, il quale costituisce una sorta di Testo unico delle discipline limitative dei diritti e del contenimento per far fronte all'emergenza virale. In tale atto all'art. 1, quale elemento di novità, è l'introduzione della sospensione di viaggi d'istruzione, la sospensione delle attività didattiche nelle scuole e nelle Università attraverso l'utilizzo dell'erogazione delle lezioni a distanza anche per gli esami e per tutte le prove; sono sospese anche le procedure concorsuali; è fatto divieto inoltre l'accesso di parenti e visitatori a residenze sanitarie assistite. Di fatto altre disposizioni vengono previste ricalcandosi però quelle già disciplinate nei precedenti DPCM. Dalla data di efficacia delle disposizioni contenute in tale DPCM, cessano di produrre effetti i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020, 22 marzo 2020, 1 aprile 2020. Col DPCM del 10 aprile 2020 vengono abrogate le disposizioni contenute nei precedenti DPCM, tuttavia anche in quest'ultimo caso vengono a ripercorrersi e a riprodursi tutte le misure di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale, prorogandole fino al 3 maggio 2020.

Ma al di là dei singoli DPCM e del loro contenuto, che rappresenta sostanzialmente le misure più incisive per la collettività, perché si è voluto utilizzare lo strumento del DPCM? La prima risposta è che non si è voluto coinvolgere il Parlamento nella conversione di eventuali decreti legge aventi gli stessi contenuti sostanziali del DPCM. Si è tentata quindi la strada del DPCM solo perché la debolezza della compagine governativa non avrebbe retto il dibattito parlamentare.

---

parrucchieri estetiste, restando invece garantiti i servizi bancari e finanziari anche se con modalità diverse dall'usuale erogazione di tali servizi. Vengono inoltre sospese talune attività produttive ed il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per quelle attività che possono essere svolte nel proprio domicilio o a distanza.

<sup>56</sup> Altri e numerosi DPCM vengono emanati contenenti sostanzialmente gli stessi principi per cui con un salto temporale si reputa opportuno richiamare il DPCM adottato il 22 marzo 2020<sup>?</sup>, di massima chiusura delle attività sulla base del criterio di progressività: vengono sospese tutte le attività produttive industriali e commerciali, fatta eccezione soltanto per quelle individuate nell'allegato del DPCM.

<sup>57</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 10 aprile 2020. *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*, in G.U. n. 97 dell'11 aprile 2020.

## TECNICA E POLITICA TRA MEZZI E FINI NELL'EMERGENZA CORONAVIRUS.

**Olivia Pini\***

**ABSTRACT** [ITA]: L'emergenza Covid-19 ha riportato prepotentemente all'attenzione la mai sopita dialettica fra tecnica e politica, fra evidenza e rilevanza, fra metodo scientifico e metodo democratico; nel moltiplicarsi di commissioni, comitati e *task force* di esperti – peraltro non sempre in accordo tra loro – a sostegno delle decisioni pubbliche per fronteggiare l'emergenza sanitaria, sorge spontanea l'esigenza di riflettere sulle implicazioni della corretta o non corretta ripartizione dei diversi ruoli di reciproca spettanza e delle rispettive responsabilità. Occorre non dimenticare che i metodi di tecnica e politica non sono contrapposti, ma devono compenetrarsi, e nessuna di esse deve porsi rispetto all'altra in maniera subalterna, né vedere stravolta la propria ontologica natura: da un lato la scienza, alla quale si richiedono risposte certe e tempestive, al cospetto di fenomeni nuovi e complessi reca invece in sé una ineluttabile componente di incertezza, da colmare attraverso processi di ricerca che ugualmente ne connotano il metodo, e può essere al più chiamata a fornire mezzi neutrali per la decisione, non fini; di contro, la politica resta viceversa decisiva nella scelta-mediazione delle priorità progettuali, delle finalità da perseguire, dei valori ed interessi di volta in volta oggetto di prevalente tutela, ancorché impopolari, confrontandosi con le trasformazioni che la riguardano senza restarne travolta, con approccio *sincronico* e *diacronico* nella lineare considerazione dei fenomeni e nella valorizzazione dei relativi aspetti culturali e sociali. Se l'immagine oggi più invalsa sembra quella di una politica che ha abdicato al proprio ruolo decisionale, va tuttavia sottolineato come l'applicazione ed il coinvolgimento di saperi tecnici per la gestione della cosa pubblica sia invece determinante in contingenze come quelle attuali, purché non sconfini indebitamente nelle derive della *tecnocrazia*, la quale sottrarrebbe spazio alla rappresentanza politica e al fondamentale confronto democratico che ne costituisce connotato essenziale. Ciò è possibile soltanto ove si rispetti l'autonomia dei ruoli tra i differenti decisori all'interno del ciclo regolatorio, assicurando fra gli stessi, al contempo, una seria, responsabile e trasparente collaborazione e condivisione, valorizzando le capacità esistenti; ciò che occorre, in ultima istanza, è la consapevolezza che entrambe le categorie, a garanzia della propria legittimazione, reclamano un indispensabile fondamento di *competenza*, presupposto dell'autentica autorità.

---

\*Dottore di Ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Alma Mater Studiorum, Università di Bologna – Comitato di redazione [Ambientediritto.it](http://Ambientediritto.it).

**ABSTRACT** [ENG]: *The Covid-19 emergency has re-brought to attention the well-known dialectic between science and politics, and between scientific method and democratic method; while new committees, panels and task force multiply, by the way showing frequent disputes and disagreement with each other, it seems necessary to think either about the correct distribution of roles, tasks and responsibilities between the above two categories and about its consequences and implications. Science and politics have also different methods, although they are not opposite to one another, but, at most, complementary, and they have to relate without reciprocally cancel one another out. Science, to which certain and quick answers are frequently requested, facing new and complex issues shows inevitably some uncertainties, to fill through research processes, and can just bring neutral means for public decisions, not ends; politics, on the other hand, remains central in the choice/mediation among the priorities and values to pursue, even when unpopular, applying diachronic and synchronic approaches to problems and events, valuing their cultural and social peculiarities. If politics frequently appears to give up its decision-making role, it must at the same time be underlined that the involvement of technical knowledge and skills in the public affairs' management is crucial and necessary in emergency moments such as the present one, as long as it doesn't deviate into technocracy, which is contrary to political representation and to democratic discussion. The autonomy between different decision-makers inside the regulatory cycle is therefore fundamental, but this must be combined with responsible and transparent cooperation mechanisms, which enhance existing capabilities: in the end, after all, both science and politics show to claim, as source of legitimacy, strong expertise as a base of their authentic authority.*

**SOMMARIO:** Premessa. – **1.** Scienza, tecnica, politica: prossimità e possibili sconfinamenti.– **2.** La scienza e le scienze. – **3.** Precauzione e trasparenza. Tecnica e democrazia – **4.** Conclusioni.

## Premessa.

«Non esiste uomo che non formuli progetti di gloria, di fortuna, di piacere o di riposo; e tuttavia nessuno, in questo momento di crisi, può dirsi “Farò una certa cosa domani”, se non ha previsto quale sarà questo domani»<sup>1</sup>. Questa è la cornice di incertezza che accomuna, a prescindere dalle circostanze e dal contesto, ogni momento che si definisca *critico*: eppure, come è ormai noto, si vive oggi, mai come in passato, un tempo di crescente normalizzazione dell'emergenza<sup>2</sup>; anzi, sembra che proprio di *crisi* vivano i pubblici poteri nel mondo contemporaneo e che dalla capacità degli stessi di sapere fronteggiare queste ultime con piena consapevolezza e adeguate risposte dipenda la sorte della loro legittimazione<sup>3</sup>.

L'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia di Covid-19 di questi ultimi mesi non fa eccezione a questa regola: sin dall'inizio, nel nostro Paese come nel resto del mondo, la scienza giuridica e l'opinione pubblica si sono interrogate sulla validità delle misure, delle scelte, delle competenze dispiegate nell'eccezionalità della contingenza, nonché sulla loro conformità e legittimità rispetto ai fatti, egualmente emergenziali, che ne hanno costituito la base formale legittimante<sup>4</sup>. Una contingenza eccezionale come quella verificatasi nel momento presente, che ha comportato

<sup>1</sup> Così afferma R.F. DE CHATEAUBRIAND nel celebre *Saggio sulle rivoluzioni* (1797), trad. it., Milano, Medusa, 2006, 57.

<sup>2</sup> Sul tema, per tutti, cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; in argomento v. anche F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, Giuffrè, 2013, 44 ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2/2009, 317 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2/2007, 345 ss. Si veda altresì G.M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, ESI, 2009, 76, il quale parla a questo proposito anche di «prevenzione legislativa senza fine». Il processo di “normalizzazione” sembra peraltro operare su due distinti fronti; da un lato si assiste infatti ad una crescente *tipizzazione* dei poteri d'urgenza, nell'ottica di una gestione “ordinaria” delle situazioni emergenziali, dall'altro emerge un ricorso a strumenti eccezionali per la gestione di attività e situazioni prive del carattere della straordinarietà (ad es. i cd. *grandi eventi*, per i quali l'uso di tali strumenti consente il superamento di alcune complessità burocratico-procedurali e/o difficoltà decisionali): in argomento v. diffusamente M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2005, 641 ss., *passim*; v. anche M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2006, 1, il quale sottolinea come le emergenze non siano oggi circostanze eccezionali ma connotino complessivamente l'attuale società come “società del rischio”.

<sup>3</sup> Così G. NAPOLITANO, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2020, 147. Sottolinea opportunamente M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, 282 ss., 303, come si debba peraltro evitare «che il diritto dell'emergenza divenga a sua volta un'emergenza», sopravvivendo al contesto eccezionale che lo ha giustificato e divenendo il pretesto per possibili scostamenti dai paradigmi della legalità e dell'equilibrio tra poteri.

<sup>4</sup> Sulla distinzione tra legalità, intesa quale conformità al diritto, e legittimità, intesa quale conformità al fatto, si rimanda alla celebre teorizzazione di C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), trad. it., Bologna, il Mulino, 2018.

compressioni inedite di libertà e diritti fondamentali<sup>5</sup> e ridisegnato non solo i confini della sovranità<sup>6</sup> ma anche la gerarchia dei valori ordinamentali<sup>7</sup>, ha dovuto necessariamente misurarsi con le peculiarità discendenti dalla causa che l'ha scatenata: derivando la crisi da ragioni medico-sanitarie, l'intermediazione della scienza è parsa sin da subito indispensabile per elaborare risposte il più possibile tempestive ed efficaci alla diffusione del contagio e misure il più possibile efficienti, oltre che proporzionate, per la gestione dell'emergenza<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Su questo aspetto dell'emergenza sanitaria, ed in particolare sulla legittimità (e legittimazione) delle limitazioni imposte, si è confrontata tutta la miglior dottrina costituzionalistica; nell'impossibilità di dare conto in maniera esauriente del dibattito, ci si limita a rinviare, tra i molti, a L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, aggiornato al 5 maggio 2020, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 19 maggio 2020, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it); M. MIDIRI, *Emergenza, diritti fondamentali, bisogno di tutela: le decisioni cautelari del giudice amministrativo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 4 maggio 2020, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it); 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*, 3/2020, 28 aprile 2020, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it); V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale...anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 15 aprile 2020, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it); M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); C. TRIPODINA, *La Costituzione ai tempi del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, 95 ss.; M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, cit., 299 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6/2020, 18 marzo 2020, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020. Si veda anche l'intervista rilasciata a Radio Radicale da F. LANCHESTER, *Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti*, 6 marzo 2020, reperibile in [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it).

Osserva G. VESPERINI, *Il diritto del coronavirus*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, 277 ss., part. 280 che nel corpo normativo prodotto dall'emergenza si evidenzia un principio generale di *negazione* di un'ampia serie di libertà, rispetto al quale il riconoscimento delle stesse rappresenta l'eccezione selettivamente limitata a categorie specifiche di soggetti, individuate e definite da atti amministrativi.

<sup>6</sup> Diffusamente sul tema F. FRACCHIA, *Diritto ed emergenza sanitaria*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2019, 575 ss.

<sup>7</sup> Sulla legittima prevalenza del diritto alla salute sulle altre libertà e diritti individuali, e più in generale sulla *tenuta* del sistema ordinamentale alla prova dell'emergenza sanitaria si sono interrogati molti illustri esponenti istituzionali della giustizia costituzionale: solo a titolo esemplificativo, si ricorda la posizione di MARTA CARTABIA, la quale nella Relazione sull'attività della Corte costituzionale 2019 (Roma, 28 aprile 2020, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) ha sottolineato l'importanza della leale collaborazione tra tutte le istituzioni, sul presupposto per cui la Carta non contempla un diritto speciale per i momenti di eccezionalità; intervistato sull'argomento, viceversa, ANTONIO BALDASSARRE (27 aprile 2020, [www.adnkronos.com](http://www.adnkronos.com)) ha evidenziato come gli strumenti normativi adottati si palesassero contrari alla Costituzione, esprimendo preoccupazione per la possibile curvatura autoritaria delle nostre istituzioni; GUSTAVO ZAGREBELSKY, anch'egli in una intervista sul tema (21 marzo 2020, *Repubblica*), ha invece sottolineato come i divieti imposti possano trovare legittimazione proprio nel precipuo fine di salvare vite umane; SABINO CASSESE, infine, ha affermato (27 aprile 2020, *il Tempo*; 28 aprile 2020, *il Foglio*) che «neppure la più terribile delle dittature ha limitato la libertà di andare e venire, e di uscire di casa, per di più selettivamente limitata, per categorie di persone o a titolo individuale, indicate in atti amministrativi» e che «anche paesi di antica formazione liberale hanno accettato limitazioni che neppure le più feroci dittature hanno imposto», esprimendo alcune perplessità sui metodi seguiti dall'esecutivo.

<sup>8</sup> Sottolinea in proposito M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, 11 marzo 2020, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 7, come in materia di salute dei cittadini possa dirsi vigente una «riserva di scienza»; in argomento v. anche D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute*.

Eppure, la costante che ha pervaso il dibattito degli ultimi mesi è parsa essere proprio l'*incertezza*, sia sotto il profilo tecnico-scientifico e sia sotto il profilo politico, in un continuo procedere per approssimazioni successive che ha finito per originare un vero e proprio corpo normativo a sé stante, non di rado foriero di qualche disorientamento<sup>9</sup>; questa circostanza ha alimentato un diffuso sentimento di insoddisfazione nell'opinione pubblica, in buona parte, si ritiene, per l'idea (erronea) della scienza radicata nell'immaginario comune che la dipinge come dimora delle oggettività inconfutabili e del sapere certo, e secondariamente per le difficoltà incontrate dal decisore pubblico ad esprimere, in certi frangenti, scelte pienamente consapevoli proprio perché fondate nella sostanza su giudizi e indicazioni espresse da *esperti*<sup>10</sup>. Si anticipa sin da ora, d'altronde, come un modello d'azione fondato su progressivi aggiustamenti, adeguamenti e mutamenti di opinione, almeno a fronte di una altissima complessità e variabilità intrinseca come quelle che connotano la contingenza in essere, non costituisca condotta deprecabile ma all'opposto rispecchi il paradigma tipico dell'osservazione empirica sostenuta da conoscenze teoriche, virtuoso tanto per la scienza quanto per la politica.

---

*L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, Pacini, 2019.

<sup>9</sup> Il riferimento è alle numerosissime misure adottate per far fronte all'emergenza e alle sue conseguenze: si tratta di misure di polizia sanitaria, di attuazione e specificazione delle stesse, di mitigazione degli impatti economici della crisi, aventi contenuto e oggetto composito e riconducibili a basi giuridiche differenziate; di particolare interesse è notare come all'interno di questo complesso *corpus* normativo convivano atti di prevalente connotazione politica (ad es. il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e il d.l. 25 marzo 2020, n. 19), atti formalmente amministrativi ma di contenuto politicamente rilevante (l'ampio catalogo dei Dpcm), atti di carattere tecnico-amministrativo (ad esempio i decreti del Ministro della Salute) e organizzativo-operativo (le ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile o le circolari ministeriali), la cui coesistenza può essere assicurata solo mediante meccanismi di coordinamento e leale collaborazione fra le diverse autorità competenti. Sul tema, diffusamente, G. VESPERINI, *Il diritto del coronavirus*, cit., 277 ss.; M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, cit., 282 ss.; F. SPANICCIATI, *Covid-19 e l'emersione di un sistema amministrativo parallelo*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, 305 ss. Un dettagliato ed aggiornato elenco degli atti adottati nell'emergenza è reperibile in [www.openpolis.it](http://www.openpolis.it).

Interessante, infine, è notare come la produzione normativa abbia seguito una logica di progressivo "accentramento" del relativo potere, dall'applicazione della normativa sulla protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1) a quella delle norme sull'emergenza sanitaria (T.U. delle leggi sanitarie, R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 e legge 23 dicembre 1978, n. 833), sino al sistema dei decreti legge accompagnati dai Dpcm: cfr. in tal senso C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Riv. dir. comp.*, Anteprema 2020, 24 aprile 2020, 6; sui complessi rapporti tra autorità centrali e locali si v. anche G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, 318 ss.

<sup>10</sup> Anche su questo termine sarebbe peraltro opportuno intendersi, specie nell'individuazione dei tratti che distinguono tali figure da quelle degli *scienziati* in senso stretto: se questi ultimi, tanto ove studiosi di scienze naturali quanto di scienze sociali, svolgono compiti di ricerca sperimentale e di comprensione dei fenomeni, formulando ipotesi da validare attraverso la raccolta di dati, gli esperti operano anch'essi nel campo della ricerca, ma sono principalmente dei *divulgatori* dei risultati della stessa. In tema cfr. l'articolo a firma di A. Alesina e F. Giavazzi «*Gli esperti e la fiducia*», apparso sul *Corriere della sera*, 3 maggio 2020.

La descritta situazione, tenuto conto anche dell'orizzonte di medio-lungo periodo entro il quale essa è destinata a protrarsi, ha dunque riportato in auge la mai sopita questione del rapporto fra tecnica e politica<sup>11</sup>, fra evidenza e rilevanza, fra metodo scientifico e metodo democratico, e con essa la riflessione sulla più corretta perimetrazione delle sfere di rispettiva spettanza, azione e responsabilità, indispensabile alla produzione di regole di qualità in risposta alle legittime istanze di certezza ed autorevolezza della decisione pubblica emerse in seno alla collettività.

## 1. Scienza, tecnica, politica: prossimità e possibili sconfinamenti.

Non v'è dubbio, come s'è detto, che l'epidemia da Coronavirus abbia costituito la fonte di un'emergenza su scala globale, circostanza già di per sé foriera di molteplici conseguenze sul piano dogmatico-giuridico<sup>12</sup>; altrettanto vero, inoltre, è che le cause di tale condizione non possiedono alcuna connotazione *politica*, motivo per cui l'applicazione di alcune categorie concettuali già esistenti per la gestione di situazioni simili, che però tale connotazione di norma presuppongono<sup>13</sup>, ha in questo caso

<sup>11</sup> La ricordata contrapposizione ha radici assai antiche: essa è infatti già presente, come è noto, nella filosofia politica di Platone ed in particolare nella dialettica tra *sofocrazia* e democrazia; nel celebre dialogo *Repubblica*, Platone chiarisce che la *politica*, per la sua intrinseca delicatezza, non dovrebbe essere lasciata alle persone comuni ma all'opposto essere gestita dai *sapienti*, esperti in possesso delle necessarie competenze; portata all'estremo, tale antinomia sembrerebbe anticipare la dicotomia tra *democrazia* e *tecnocrazia*. Una recente teorizzazione ha invece proposto il concetto di *epistocrazia*, quale governo di coloro che possiedono le conoscenze necessarie ad adottare decisioni consapevoli per sé e per gli altri, anche sul piano elettorale: si v., in tal senso, J. BRENNAN, *Contro la democrazia*, Roma, LUISS University Press, 2018.

<sup>12</sup> Si rinvia, a questo proposito, all'assai nutrito filone interpretativo riferibile al diritto costituzionale dell'emergenza nonché alle concettualizzazioni sul cd. *stato di eccezione*; nell'impossibilità di richiamare la sconfinata letteratura in materia, si rinvia all'efficace sistematizzazione di A. PIZZORUSSO, *Emergenza, Stato di*, voce dell'Enciclopedia Treccani, 1993, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it); v. anche G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e società*, 2/1994, 217 ss.; F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *Rivista AIC*, 30 aprile 2017, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); di recente, cfr. G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2020.

Sul concetto di "stato di eccezione" si rinvia ovviamente, oltre che a W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, trad. it., Torino, 1999, 39 ss., alle teorizzazioni schmittiane, ed in particolare a C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), in ID., *Le categorie del «politico»: saggi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1972; ID., *Dottrina della costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984; ID., *La dittatura* (1921), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Roma, Settimo Sigillo – Europa Libreria Editrice, 2015. In tema v. anche G. AGAMBEN, *Lo stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

<sup>13</sup> Si pensi ad esempio agli artt. 77 e 78 Cost., che si riferiscono l'uno all'emergenza in tempo di pace e l'altro all'emergenza in tempo di guerra: quest'ultima, in particolare, appare una categoria fortemente caratterizzata in senso *politico*. Per un parallelismo tra Guerra e diffusione del virus SARS-CoV-2, sul presupposto che in entrambi i casi la risposta istituzionale del diritto e della politica miri a mettere in luce la gerarchia dei valori necessari alla sopravvivenza, cfr. F. FRACCHIA, *Stato e Forze Armate: la specialità del relativo ordinamento a presidio della sovranità*, Recensione alla monografia di R. URSI, *L'amministrazione militare*, Torino, Giappichelli, 2018, in corso di pubblicazione sulla *Riv. it. dir. pubbl. comun.*; si è detto invece contrario ad una

necessitato qualche adattamento<sup>14</sup>. La matrice prettamente scientifica della situazione che stiamo vivendo, ed in particolare la sua origine virologica e la sua connotazione epidemica, hanno inesorabilmente implicato un dialogo costante e ravvicinato fra politica e scienza o, più concretamente, fra politici e tecnici. Mai come nel momento attuale, infatti, appare stretto nel contesto della decisione pubblica il rapporto tra chi sa e chi è chiamato ad agire, tra competenti e potenti, in un (in)costante scambio in cui ciclicamente si alternano talora coloriture armoniche, tal'altra inconciliabili incomunicabilità<sup>15</sup>.

A riprova di ciò, si sottolinea come l'impatto fondamentale delle informazioni fornite dalla scienza medica nell'emergenza Covid-19 abbia operato su almeno due fronti: innanzitutto, su quello delle decisioni politico-amministrative, quale presupposto per l'adozione della normativa di crisi e al contempo quale stimolo alla ricalibratura delle misure già adottate; secondariamente, su quello dell'opinione pubblica e delle condotte individuali e collettive, quale fonte di legittimazione sul piano sociale delle misure restrittive imposte dall'autorità<sup>16</sup>.

Su un punto occorre preliminarmente intendersi: in situazioni come quelle in atto è del tutto congruo e corretto che la politica si rifaccia alla consulenza di chi è in possesso di conoscenze specialistiche sofisticate e complesse, che sono in pochi a possedere; anzi, sarebbe semmai la scelta opposta a palesarsi come (politicamente)

---

analogia sul piano giuridico tra l'emergenza sanitaria e lo stato di guerra S. CASSESE, *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, intervista in data 14 aprile 2020, [www.ildubbio.news](http://www.ildubbio.news).

<sup>14</sup> Rileva ad esempio G. NAPOLITANO, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, cit., 146, come nella contingenza emergenziale si sia introdotto un quadro normativo nuovo ed improvvisato, e come il Presidente del Consiglio, mediante un'interpretazione estensiva dei concetti costituzionali di *direzione della politica generale del Governo e mantenimento dell'unità dell'indirizzo politico ed amministrativo*, abbia di fatto assunto su di sé ogni responsabilità tanto politica quanto amministrativa a discapito del resto dell'esecutivo e dell'organo di rappresentanza parlamentare.

<sup>15</sup> A riprova di tale affermazione, si ponga mente ad esempio alla differente formazione di alcuni dei principali esperti che hanno guidato in molteplici frangenti l'operato dell'esecutivo: a fronte della presenza di Walter Ricciardi, consigliere del Ministro della Salute per l'emergenza, e Silvio Brusaferrò, Presidente dell'ISS, entrambi rappresentanti della categoria medica, sono da ricordare anche Angelo Borrelli e Domenico Arcuri, funzionari amministrativi con competenze l'uno nel campo della Protezione civile, l'altro quale Commissario straordinario. La frequente difficoltà nel dialogo fra esponenti delle differenti categorie non è stata peraltro un fenomeno circoscritto al solo ordinamento nazionale: si pensi, in via esemplificativa, al controverso rapporto fra la Presidenza americana e l'equipe di tecnici nominata per la gestione dell'emergenza Coronavirus, diretta da Anthony Fauci, o al caso inglese, in cui addirittura le tensioni si sono acuite per gli aspri conflitti emersi fra diverse correnti del mondo medico. Per un efficace inquadramento di questi temi cfr. l'articolo a firma di S. Cingolani «*Dr Fauci e Mr Trump*», pubblicato su *Il Foglio*, 11-12 aprile 2020.

<sup>16</sup> In questo senso L. CONTE, *Covid-19. Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 1 aprile 2020, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4, 9. L'A. riflette in questa sede sul condizionamento esercitato, ai fini dell'accettazione delle misure limitative imposte alla società, tanto dall'aspetto normativo quanto, soprattutto, da quello *solidaristico*, sul piano sia della responsabilità individuale e sia della coesione sociale, capaci di evitare effetti disgreganti; in tema v. anche F. BALLAGUER CALLEJON, *Solidarietà dimenticata: il fallimento della narrazione pubblica sul Coronavirus*, in *lacostituzione.info*, 20 marzo 2020, [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info); Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, 2/2015, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

irresponsabile: ad essere in discussione, dunque, non è l'esistenza stessa di un rapporto stretto fra le due diverse sfere. Rapporto stretto, tuttavia, non deve significare commistione dei propri ruoli e delle proprie competenze, come a volte è parso accadere nel succedersi spesso convulso e rapsodico dei drammatici eventi degli ultimi mesi; non si può non rilevare, infatti, come in alcuni frangenti la scienza abbia dato l'impressione di volersi *approssimare* alla politica e quest'ultima, viceversa, abbia tentato di proporre se stessa come "*scientifica*". Più specificamente, la scienza sembrerebbe essersi riavvicinata di molto allo Stato, almeno dopo l'iniziale disorientamento, mostrando di presidiare ed affiancare assai da vicino il potere normativo e la fase di produzione concreta delle regole<sup>17</sup>; allo stesso tempo la politica, adagiandosi in più di un'occasione sulle posizioni espresse dai tecnici, in un costante moltiplicarsi di commissioni, comitati e *task force*<sup>18</sup>, ha non di rado mostrato la tendenza ad utilizzare la scienza per conferire apodittica validazione (e validità) alle proprie scelte discrezionali<sup>19</sup>. Nulla pare tuttavia contraddire maggiormente la natura ontologica delle due sfere che tentare di ricondurre l'una al *dogmatismo* e l'altra al *determinismo*: la scienza, come si vedrà meglio successivamente, per essere autenticamente tale deve infatti continuamente coltivare il dubbio in ordine ai migliori risultati raggiunti, che per quanto ben accreditati rimangono pur sempre implementabili; essa non dovrebbe mai dirsi portatrice di certezze assolute, pena una

<sup>17</sup> Rileva A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 29 aprile 2020, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 1, come il costante rimando dei rappresentanti del Governo alle indicazioni scientifiche abbia contribuito a ingenerare nei cittadini un legittimo affidamento sull'«*ipse dixit scientifico "di Stato"*».

<sup>18</sup> Si pensi, *in primis*, al Comitato tecnico-scientifico per il coordinamento degli interventi, istituito dal Decreto del Capo del Dipartimento per la Protezione civile n. 371, in data 5 febbraio 2020, ai sensi dell'art. 2, comma 1, dell'Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020. Più di recente, si pensi al Comitato di esperti in materia economica e sociale (cd. *Commissione Colao*), nominato con Dpcm 10 aprile 2020 (ed integrato con successivo Dpcm 12 aprile 2020) al fine di fornire consulenza alla Presidenza del Consiglio sulle misure da adottare per la graduale ripresa delle attività sociali, economiche e produttive. A partire dalla prima *task force*, creata il 22 gennaio dal Ministero della Salute e presieduta dallo stesso Ministro Roberto Speranza, sono poi stati creati innumerevoli altri gruppi di lavoro, tanto a livello centrale quanto a livello locale, a composizione per lo più mista tecnico-politica. Ogni Dicastero ha costituito anche più di un comitato e/o commissione, impegnati nell'analisi di specifici ambiti di interesse (carceri, uffici giudiziari, tecnologie, scuola del futuro, liquidità nel sistema bancario, finanza sostenibile, solo per fare alcuni esempi); ad essi si affiancano poi le unità di crisi attivate dalle singole Regioni, a loro volta spesso adiuuate da specifiche *task force*. Lo scenario descritto ha visto complessivamente impegnate più di 800 persone tra dirigenti, tecnici, scienziati, manager, economisti ed esperti di dati e tecnologie, peraltro con frequenti sovrapposizioni di competenze tra i diversi gruppi di lavoro, foriere non di rado di inefficienze e confusione, in assenza del necessario coordinamento. Per una mappatura più dettagliata si v. l'articolo «*Caos task force, sono 15 con oltre 450 esperti*», apparso su *Il Sole 24 Ore*, 18 aprile 2020, a firma di M. Perrone.

<sup>19</sup> Emblematica di tale atteggiamento appare la dichiarazione resa dal Ministro della Salute in data 27 febbraio 2020, riferendo in Parlamento sull'attività svolta nella prima fase di gestione dell'epidemia, ai sensi della quale «*Le nostre scelte di queste settimane e degli ultimi giorni sono sempre state adottate a partire da valutazioni di carattere tecnico-scientifico. È la scienza e non la politica a orientare la nostra battaglia per arginare la diffusione del nuovo coronavirus*». Di «*uso politico della scienza*» parla in tal senso S. BELARDINELLI, *Torna a galla la cattiva concezione del rapporto fra scienza e politica*, articolo apparso su *Il Foglio*, 10 giugno 2020.

contraddizione con la sua stessa definizione in senso moderno. La politica, a sua volta, almeno in democrazia, ha come precipuo compito quello di prendere decisioni che rilevano per l'intera comunità, tenendo sempre conto di una molteplicità di fattori in gioco: la scienza non potrà mai offrirle l'unica soluzione possibile, poiché permarrà sempre un "ultimo miglio" da percorrere con responsabilità da parte del decisore<sup>20</sup>.

La classe politica non può rischiare di abdicare al suo fondamentale ruolo in favore dei tecnici: si profilerebbe così, da parte di questi ultimi, il pericolo di una avocazione di spazi e decisioni lasciati vuoti dalla politica, indebita perché non sostenuta dalla responsabilità dinanzi a complesse dinamiche sociali che scaturisce soltanto dall'investitura rappresentativa<sup>21</sup>; come si vedrà, un conto è il fondamentale apporto della tecnica alla decisione pubblica, altro è la *tecnocrazia*<sup>22</sup>.

Sotto questo aspetto, e più in generale, occorre peraltro non dimenticare che anche i metodi di tecnica e politica non sono contrapposti, ma devono compenetrarsi, e nessuna di esse deve porsi rispetto all'altra in maniera subalterna, né vedere stravolta la propria ontologica natura: da un lato la scienza, alla quale in questo frangente si sono spesso richieste risposte certe e tempestive, al cospetto di fenomeni nuovi e complessi reca invece in sé una ineluttabile componente di incertezza, da colmare attraverso processi di ricerca che ugualmente ne connotano il metodo, e può essere al più chiamata a fornire *mezzi* neutrali per la decisione, non *fini*; di contro, la politica resta decisiva nella scelta-mediazione delle priorità progettuali, delle finalità da perseguire, dei valori ed interessi di volta in volta oggetto di prevalente tutela, ancorché impopolari, confrontandosi con le trasformazioni che la riguardano senza restarne travolta, con approccio *sincronico* e *diacronico* nella lineare considerazione dei fenomeni e nella valorizzazione dei relativi aspetti culturali e sociali<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 583.

<sup>21</sup> Preoccupazioni di tale tenore sono state espresse da M. PANARARI nell'intervista rilasciata a *Formiche* in data 19 aprile 2020, [www.formiche.net](http://www.formiche.net).

<sup>22</sup> È noto infatti che nel richiamato paradigma la tecnica sia una perfezione sostanzialmente fine a sé stessa e non realmente finalizzata ad un progresso, il cui interesse primario risiede nella esattezza delle proprie determinazioni, secondo una impostazione sostanzialmente autoreferenziale; per una prospettiva filosofica sul tema si vedano J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica*, Roma-Bari, Laterza, 2014; E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, BUR, 2009; v. anche N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008. Il dibattito giuridico sulla *tecnocrazia*, nel nostro ordinamento, è stato spesso riferito all'acquisizione di una posizione di forza della *burocrazia*, a discapito della *politica*, all'interno dei circuiti decisionali pubblici (già G.D. ROMAGNOSI, raccogliendol'eredità illuministica sul tema, evidenziava come fosse preferibile vivere in un sistema efficiente e tecnocratico, ancorché non rappresentativo): tra i molti, v. F. FERRARESI, *Burocrazia e politica in Italia*, Bologna, il Mulino, 1980.

<sup>23</sup> Del tutto coerente con questo approccio è stato il Presidente del Consiglio quando, riferendosi all'attività posta in essere dell'esecutivo, ha affermato che *basarsi su informazioni tecnico-scientifiche non significa fare alla lettera ciò che dicono i tecnici, sul presupposto che esista sempre una responsabilità politica che implica la valutazione a tutto tondo degli aspetti in gioco*. Si sottolinea in questo senso come l'approccio *diacronico* dia rilievo prioritario ai singoli elementi di considerazione nella loro successione temporale, mentre il punto di vista

Per entrambe si fa questione di esercitare la ragione, ma la (ricerca della) *verità* assume per ciascuna connotazioni specifiche e peculiari, non sovrapponibili, e ciò anche in ragione di chi è legittimato a prendervi parte: nella scienza il dibattito è maggiormente omogeneo, ammettendosi di regola solo chi ne ha le competenze; in politica invece la sinfonia è composta di molteplici voci differenti e di differente provenienza, che è onere del decisore selezionare in base ai fini prescelti. La dialettica fra politica e scienza sottende in questo senso anche il complesso rapporto fra *evidenza* e *rilevanza*, la prima quale funzione lineare ed “imperativa” definibile organizzando in un certo modo i dati a disposizione, la seconda espressione della com-possibilità e coesistenza tra più verità, frutto di una interpretazione della realtà che attribuisce gradi differenti di importanza alle evidenze fattuali e sceglie secondo la migliore convenienza del caso<sup>24</sup>.

La politica, specie in situazioni di drammatica emergenza come quella attuale, è chiamata all’esercizio della sua indeclinabile prerogativa sovrana, ossia la scelta discrezionale: e proprio nell’apprezzamento scientifico dei dati a disposizione, utilizzato quale substrato per la graduazione della gravità delle misure in rapporto all’evoluzione della pandemia, risiede la garanzia di non arbitrarietà e proporzionalità delle stesse sul piano applicativo, in una ideale compenetrazione fra i due piani<sup>25</sup>. Ciò che occorre costantemente rifuggire, all’opposto, è un utilizzo indebito della tecnica per porre al riparo la politica rispetto a scelte e decisioni impopolari<sup>26</sup>: delegare alla scienza non solo un compito di consulenza ed assistenza

---

*sincronico* ne privilegi le reciproche relazioni all’interno di una comune cornice sistemica: per alcune riflessioni in generale su questi temi cfr. E. SEVERINO (a cura di), *Storia del pensiero occidentale*, Il pensiero contemporaneo, Il XX secolo, Milano, Mondadori, 11 ss.. In proposito, dal verbale della riunione del Comitato tecnico-scientifico tenutasi in data 7 marzo, recentemente reso pubblico, è emerso come l’indicazione allora fornita dagli esperti fosse limitata all’introduzione di misure di contenimento più rigide solo per la Lombardia ed altre 14 province (come in effetti disposto in un primo momento dal Dpcm 8 marzo 2020), mentre il Presidente del Consiglio ha successivamente ritenuto (con Dpcm del 9 marzo 2020) di estendere il *lockdown* a tutto il territorio nazionale, probabilmente per l’allarme sulla diffusione del contagio suscitato dall’esodo di molte persone dalla Lombardia nella notte fra il 7 e l’8 marzo 2020: in questo senso va tuttavia segnalato come la raccomandazione del Comitato dovesse con ogni probabilità essere intesa come una misura *de minimis*, salva la possibilità di disporre in senso più stringente.

<sup>24</sup> Su questo tema cfr. I. CAVICCHI, *Scienza e politica di fronte al Coronavirus*, in *Quotidianosanità.it*, 16 marzo 2020, [www.quotidianosanita.it](http://www.quotidianosanita.it).

<sup>25</sup> In tal senso si v. M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione giustizia*, 7 aprile 2020, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it); v. anche L. FABIANO, *La catena della normativa emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid 19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del governo italiano*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, 16 marzo 2020, 105 ss.

<sup>26</sup> Ampio dibattito ha in quest’ottica sollevato l’intervento del Ministro per gli Affari Regionali con il quale si è chiesto alla comunità scientifica di dare «*certezze inconfutabili e non tre o quattro opzioni per ogni tema [...]»*, affermando altresì: «*noi politici ci prendiamo la responsabilità di decidere, ma gli scienziati devono metterci in condizione di farlo»* (*Corriere della sera*, 13 aprile 2020). Al di là dell’attuale frangente, peraltro, la questione richiama alla mente vicende del recente passato: il gravoso compito di adottare misure di *austerità* e rigoroso contenimento della spesa pubblica, nonché manovre finanziarie di inedita severità, resesi necessarie nel periodo

nella fase più critica di *early response*, ma addirittura la definizione di scenari di uscita dall'emergenza potrebbe infatti condurre, ove portata all'estremo, a derive in sentore di *tecnocrazia*, di certo non auspicabili<sup>27</sup>.

Il metodo democratico, invece, impone che la decisione ultima sia di stretta competenza politica, legittimata attraverso il circuito della rappresentanza e così espressione *mediata* della volontà popolare: si auspicano in tal modo decisioni adottate su basi responsabili, di cui il decisore pubblico sia capace di dar conto giustificando le scelte compiute e spiegandone i rischi, nonché avvalendosi di dati (benché solo probabili, comunque) tali da poter orientare le decisioni assunte. Il ruolo della tecnica, in questo virtuoso modello, è appunto quello di affiancare il decisore nella comprensione dei fenomeni complessi, operando nella fase intermedia tra il manifestarsi dell'esigenza di intervento pubblico e la scelta finale di individuazione delle compatibilità e delle prevalenze fra i diversi interessi in gioco, prospettando alternative per valutare costi e benefici di ogni scelta e assicurandosi che le informazioni fornite siano ben comprese e non distorte o manipolate<sup>28</sup>.

Fondamentale e non trascurabile, in tale contesto, è peraltro anche il ruolo svolto dall'amministrazione quale *traduttrice* in concreto degli indirizzi e dei fini individuati come preminenti in sede politica: anche in tale momento attuativo, infatti, di assoluto rilievo risultano l'apporto fornito dai saperi tecnici e la centralità del momento istruttorio, funzionali (ed anzi indispensabili) alla più adeguata, efficiente e proporzionata ponderazione fra contrapposti interessi, anche di "dimensioni" differenti, che costituisce la primaria vocazione dell'amministrazione pubblica, specie in contesti emergenziali<sup>29</sup>. Sotto tale profilo, che nella contingenza di situazioni

immediatamente successivo alla fase acuta della crisi economica globale (2011-2013) proprio per far fronte a quest'ultima, è stato infatti affidato ad un esecutivo *tecnico*, invocando appunto giustificazioni prevalentemente di tipo tecnico per legittimare l'accettazione delle predette misure da parte della collettività.

<sup>27</sup> In argomento v. la conversazione tra G. PASQUINO E M. TARCHI dal titolo «*Cercasi leader capaci di decidere*», pubblicata sul *Corriere della sera* in data 12 aprile 2020.

<sup>28</sup> In tema v. M. BUCCHI, *Comunicare la scienza «in tempo di guerra»: il ruolo degli esperti in pubblico e quello della formazione*, e A.M. CAMPANALE, *La soglia della post-modernità biologica. Epidemia di Covid-19 tra tecnologie politiche e comunicazione*, entrambi in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1/2020, [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

Sollecita anche la classe politica alla chiarezza S. CASSESE, «*Il dovere di essere chiari*», articolo apparso sul *Corriere della sera*, 24 marzo 2020.

<sup>29</sup> Sotto questo aspetto, può affermarsi che il progresso scientifico-tecnologico abbia nel tempo determinato una crisi delle "certezze" scientifiche, conseguente all'acquisita consapevolezza della instabilità dei risultati ottenuti e della necessità di rimetterli costantemente e criticamente in discussione; ciò ha contribuito tanto a rendere evidente l'impossibilità di elaborare normative generali efficaci e tempestive, quanto a far emergere l'istanza di una tutela quanto più possibile "anticipata" e "precauzionale", progressivamente spostando il fulcro della gestione delle circostanze emergenziali, a fronte di una impostazione originaria che implicava il ruolo primario della legge, proprio sull'amministrazione e sulle sue scelte casistiche: cfr. M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit. Osserva come sia lo stesso principio di *cautela* a valorizzare la funzione amministrativa quale composizione preventiva di tutti i possibili interessi in gioco M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, cit.

complesse come quella presente pone il problema della coesistenza tra indirizzi politici, conoscenze tecnico-scientifiche ed esercizio tanto della discrezionalità “pura” quanto della discrezionalità tecnica, si deve segnalare la possibilità per l’amministrazione di avvalersi di saperi e capacità tecniche esistenti al suo interno o di optare viceversa per il coinvolgimento di competenze esterne<sup>30</sup>: di una simile scelta, così come della capacità di assicurare l’efficace coordinamento tra le une e le altre, ove concorrenti, essa sarà naturalmente chiamata a rendere conto dinanzi alla collettività.

Quest’ultimo aspetto evoca peraltro due ulteriori riflessioni, particolarmente calzanti nel frangente dell’attuale emergenza sanitaria. La prima è che tra le componenti della scelta di cui il decisore pubblico dovrebbe rendere conto sarebbe opportuno ricomprendere anche la (corretta) selezione degli esperti dei saperi tecnici che prendono parte al circuito di formazione delle regole pubbliche rilevanti: l’operato di questi ultimi, inoltre, non dovrebbe mai essere concepito in maniera disgiunta da orizzonti di lungo periodo in cui si prevedano strategie, tempi ed obiettivi, così da evitare la mera giustapposizione di interventi eterogenei<sup>31</sup>.

La seconda riflessione sorge dalla presa d’atto di una debolezza strutturale ben nota dell’apparato politico-amministrativo, ormai da tempo afflitto da una grave e radicata carenza di esperienze e competenze: la creazione di innumerevoli organi tecnici di *scientific advisory* dell’esecutivo quale cifra costante degli ultimi mesi, infatti, sembra aver messo in luce con chiarezza come manchino ancora nel nostro sistema sufficienti centri di competenza e canali ordinari, incardinati stabilmente nelle strutture politiche e amministrative, di interazione tra momento tecnico e momento di scelta all’interno del processo di decisione pubblica<sup>32</sup>; essi potrebbero con ogni probabilità rappresentare nuovi e moderni modelli strutturali per la valorizzazione delle capacità, e divenire importanti strumenti per rafforzare le basi fattuali d’azione, programmare strategie, monitorare risultati e prevedere eventuali criticità, riducendo al minimo rischi ed errori.

---

<sup>30</sup> Quest’ultima possibilità è consentita anche dal Codice della Protezione Civile, come opportunamente sottolineato da U. ALLEGRETTI, *Il Codice di Protezione Civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, 1/2018; sul tema cfr. anche G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, cit., 323.

<sup>31</sup> T. NANNICINI, «*La politica che serve per tornare a vivere*», *Il Foglio*, 13 aprile 2020.

<sup>32</sup> Su questi temi si veda l’ampia intervista alla senatrice a vita Elena Cattaneo dal titolo «*La scrematura delle balle. La scienza ricomponi il mosaico*», pubblicata su *Il Foglio* in data 27 aprile 2020 a firma di L. Capone.

## 2. La scienza e le scienze.

È innegabile che l'emergenza Coronavirus abbia determinato un esponenziale accrescimento della domanda globale di evidenza in tempi assai rapidi, con ciò inducendo gli esponenti della scienza a riorientare, rispetto al passato, i metodi ed i fini della propria attività, spesso peraltro senza che a ciò corrispondesse uno stanziamento di nuove risorse. La produzione di studi, ricerche, rapporti e *papers* scientifici che ne è scaturita è stata indubbiamente copiosa, mettendo in luce, da un lato, i pregi del pluralismo di voci in una fase di grande incertezza e, dall'altro, le criticità dello stesso pluralismo.

Tanto da parte dell'opinione pubblica quanto, in alcuni frangenti, da parte della politica, è parso necessario un ripensamento dell'idea della scienza radicata nel senso comune: come già in precedenza accennato, la scienza non è mai espressione di verità incontrovertibili o incontestabili, ma è all'opposto fondata sul paradigma della ricerca, che per sua natura corrisponde ad un *processo*, ad una verità non statica ma dinamica, in continuo divenire. Connaturata alla scienza autentica è dunque la pluralità di approcci, di metodi e, conseguentemente, di risultati, che rimanda ad un modello fatto di osservazioni, raccolta di dati, tentativi, ripensamenti e rivalutazioni; il suo substrato più profondo è abitato da congetture, approssimazioni, certezze soltanto provvisorie ed esili verità, costantemente messe (e rimesse) in discussione<sup>33</sup>.

Più precisamente, si potrebbe dire che la vera scienza è quella che poggia su due differenti pilastri: da un lato, quello dell'*esattezza*, che offre maggiori certezze perché deriva dalla validazione dei dati acquisita nel tempo attraverso la descrizione e misurazione dei fenomeni, dall'altro quello tipico delle scienze umane, che vive di probabilità, di incertezza, di indimostrabilità e dunque di *ricerca*, anima stessa del metodo scientifico.

Nel frangente emergenziale, tuttavia, la dialettica che ha di fatto contrapposto, a volte anche aspramente, diverse posizioni su numerosissimi aspetti tecnico-sanitari del dibattito sul Covid-19 – dall'uso delle mascherine all'utilità dei test sierologici, alle modalità di trasmissione dei contagi – non è stata sempre compresa nella sua natura intrinsecamente connaturata al progredire della conoscenza scientifica, ma all'opposto è stata spesso oggetto di critica per l'incapacità di esprimere verità esatte ed univoche, oggetto di diffuse aspettative collettive. Eppure, a ben vedere, la non linearità è proprio l'elemento distintivo e propulsivo della scienza, della quale è pertanto impossibile predicare attributi di dogmatismo che ne costituirebbero una

---

<sup>33</sup> Le riflessioni riportate in questa sede traggono spunto dall'ampio articolo «*Si fa presto a dire scienza*», pubblicato su *Il Foglio* in data 25 maggio 2020 a firma di M. Ferraresi, nel quale vengono anche proposte brevi interviste ad alcuni studiosi, afferenti tanto al campo medico quanto a quello sociale ed umanistico, in merito allo statuto della scienza e al suo rapporto con l'opinione pubblica nella recente emergenza sanitaria.

indebita e riduttiva semplificazione: la scienza più autentica, infatti, è quella che *raccoglie le sfide, accetta i giudizi, impara dagli errori, predica umiltà*<sup>34</sup>.

Non solo. Il metodo scientifico è per sua stessa natura un metodo lento: ad esso sono strutturalmente connessi i tempi necessari alla acquisizione di dati certi, al loro studio e comparazione, alla loro sintesi all'interno di modelli ed ipotesi plausibili e rispettosi dei protocolli; anche in questo campo si sono registrate alcune tensioni, frutto forse anche di un fraintendimento fra saperi, nella costante aspettativa pubblica di risposte e reazioni irrealisticamente celeri e tempestive, che avrebbero tuttavia finito per tradire le basi stesse della ricerca in nome del tentativo di soddisfare una forte richiesta politica<sup>35</sup>.

Tale aspetto sollecita una riflessione sulla corretta ripartizione di competenze e responsabilità tra scienza e politica: se alla prima spetta il precipuo dovere di delineare e quantificare i rischi specifici, è alla seconda che compete gestire questi ultimi in modo congruo, equo e rispettoso della convivenza democratica; da ciò discende, altresì, che non è compito della scienza, ma della politica, assicurare sulla responsabile gestione di situazioni critiche come quella recentemente vissuta a livello globale. Non solo: spetta alla politica anche indirizzare la ricerca scientifica verso specifiche priorità ed obiettivi, aspetto che è apparso di cruciale importanza proprio nell'emergenza sanitaria; ciò conferma, come già detto, che la produzione di regole di qualità assume una configurazione *circolare*, in cui il momento dell'input circa l'esigenza di un intervento pubblico, al pari del momento finale dell'emissione della regola concreta, pertengono alla sfera del *decision maker*, mentre la fase intermedia tra

---

<sup>34</sup> Il metodo scientifico, per la validazione di un'ipotesi, impone sempre la sussistenza di solide verifiche empiriche; interessante è sul punto il riferimento al concetto di "*falsificazione empirica*" elaborato da KARL POPPER (v. in particolare K. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica* (1962), Bologna, il Mulino, 2009), il quale presuppone che a livello empirico non esista una verità assoluta ma solo la possibilità di *falsificare* le teorie esistenti, compiendo un passo avanti sulla via verso la verità. Secondo Popper, di conseguenza, l'uomo razionale non è quello che vuole avere ragione ma quello che vuole *imparare*, dai propri errori e da quelli altrui.

<sup>35</sup> Non pare inopportuno, a questo proposito, ricordare che un detto spesso utilizzato nel mondo della ricerca, attribuito a W. EDWARD DEMING, recita «*in God we trust, all others must bring data*». Nel periodo di emergenza, le descritte questioni sono state a loro volta oggetto di divisioni all'interno della comunità scientifica, sollevando non di rado problemi etici e/o deontologici: si pensi in tal senso alle discussioni sorte in ordine all'uso di farmaci antivirali già rivelatisi utili nel trattamento di altre malattie epidemiche (es. *Remdesivir*) in presenza di evidenze incoraggianti sul piano dell'efficacia, pur senza aver completato le ordinarie procedure di trial controllato (sostituite di norma da valutazioni rapide). In proposito si veda il comunicato stampa dell'European Medicines Agency, *EMA starts rolling review of remdesivir for Covid-19*, 30 aprile 2020, [www.ema.europa.it](http://www.ema.europa.it). La ricerca del migliore equilibrio tra certezza/validazione scientifica e utilizzo "anticipato" di terapie e strumenti sperimentali diviene ancor più delicata nella attuale fase, ove tanto nel campo delle sperimentazioni per la predisposizione di un vaccino contro il Covid-19 quanto nella implementazione di strumenti di *contact-tracing* per il contenimento dei contagi si inseriscono anche, inevitabilmente, non trascurabili profili di rilievo ed interesse economico.

i due ricordati momenti, con connotazione *lato sensu* istruttoria, è quella in cui idealmente si colloca l'intervento dei tecnici<sup>36</sup>.

Sotto questo profilo viene in considerazione un secondo aspetto di rilievo della riflessione sul *pluralismo* del sapere scientifico: se nella fase più acuta dell'emergenza sanitaria esso si è per lo più tradotto in un processo dialettico tutto interno alla scienza medica, per giungere quanto prima a verità attendibili, nella fase di ripartenza in cui ci troviamo attualmente esso si riconnette alla necessità (politica) di interrogare, al fine di assumere le decisioni rilevanti per la collettività, non soltanto *lascienza* (al singolare), termine che identifica di norma le scienze naturali, ma anche *altre scienze*, tanto empiriche quanto sociali<sup>37</sup>: prima fra tutte l'economia, ma anche le scienze politiche, giuridiche, umanistiche, comportamentali. Il contributo non solo *della* scienza (medica, *in primis*) ma anche *delle* scienze, nonché il coinvolgimento di parti sociali e terzo settore potrebbero auspicabilmente divenire il substrato per l'elaborazione, in sede di processo decisionale, di un virtuoso piano per la transizione<sup>38</sup>; se è indubbio che la scelta delle priorità e degli obiettivi non può che competere alla politica, a volte anche in contrasto con l'opinione dei tecnici<sup>39</sup>, è altresì

<sup>36</sup> Cfr. in tal senso M. DE BENEDETTO – M. MARTELLI – N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011, part. 128. Per quanto qui più rileva, si sottolinea che nel ciclo di produzione della regola ai tecnici spetta di norma la formulazione delle opzioni disponibili, indicando anche quella preferibile; il decisore politico, nel momento della scelta, potrà tuttavia anche discostarsi dall'opzione suggerita sul piano tecnico, ed anzi proprio in ciò risiede la prerogativa di discrezionalità che connota la funzione pubblica di produzione delle regole, quale *ragionevole composizione* di differenti interessi in conflitto fra loro.

<sup>37</sup> Nel senso dell'importanza strategica tanto delle scienze sociali quanto di una costante collaborazione fra saperi diversi nella fase ricostruttiva si è espressa anche A. MELEGARO, epidemiologa e membro del comitato scientifico nominato dalla Regione Lombardia, nell'intervista al *Corriere della sera* dal titolo «*Coronavirus, la demografia che analizza tutti i volti della pandemia*», 30 aprile 2020, a firma di F. Cavadini.

<sup>38</sup> Sembra rispondere al descritto paradigma di necessaria consultazione dei diversi saperi e delle differenti voci all'interno della società la convocazione da parte dell'Esecutivo dei cd. *Stati generali*, riuniti a Roma dal 13 al 21 giugno 2020 al fine di raccogliere opinioni e dati per stabilire le priorità del rilancio da inserire nel *Recovery Plan* italiano. La valorizzazione di metodi e moduli che afferiscono al modello della cd. *democrazia partecipativa* di matrice socio-filosofica sembra oggi particolarmente utile a rispondere al diffuso sentimento di sfiducia e di estraniamento della collettività rispetto ai centri di potere, stimolandone l'interesse e l'opportunità ad intervenire in modo efficace ai processi decisionali, così da rafforzare la legittimazione di questi ultimi sul piano procedurale. Sul tema della generalizzata sfiducia e paura del futuro che colpisce la società globale si v., di recente, W. DAVIES, *Stati nervosi. Come l'emotività ha conquistato il mondo*, Torino, Einaudi, 2019; v. anche Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2009. Sulla democrazia partecipativa, tra i molti, v. U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2011, 295 ss.; ID., *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 3/2006, 151 ss.; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu), 2009; A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, Jovene, 2010; sul tema già M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 226 ss.

<sup>39</sup> Il dibattito è stato particolarmente acceso sul tema delle riaperture della cd. *Fase 2*: a fronte di posizioni estremamente prudenziali e cautelative espresse dai tecnici, molte sono state le pressioni esercitate tanto dal mondo politico quanto, soprattutto, dal mondo produttivo, per una ripresa il più possibile integrale ed anticipata; in proposito è di particolare interesse il report del 22 aprile 2020 dal titolo *Valutazione di politiche di riapertura utilizzando contatti sociali e rischio di esposizione professionale* (pubblicato su molti quotidiani e reperibile ad

vero che la scienza può in questo caso fornire strumenti *ad adiuvandum* sul piano metodologico, in particolare nell'atteggiamento da adottare di fronte a fenomeni e complessi: utile potrebbe ad esempio essere il frazionamento del problema in tutte le sue componenti, seguito dallo studio e dalla pre-comprensione delle singole regole applicabili a ciascuna di esse, salvo poi procedere ad una ricomposizione armonica dei singoli elementi che tenga conto delle leggi di reciproca interazione, secondo appunto l'approccio ordinariamente seguito in campo scientifico.

Un ultimo aspetto, infine, merita senz'altro una sottolineatura: s'è già in parte anticipato che compito del decisore pubblico è anche saper scegliere responsabilmente tecnici e studiosi delle diverse scienze, nonché saperli inserire in un processo virtuoso e consapevole di programmazione lungimirante; la recente crisi sanitaria che ha colpito la società su scala globale sembra in questo senso aver mitigato alcune tendenze recenti alla delegittimazione dell'*expertise* tecnica, riportando preponderantemente al centro del sistema il valore dell'autentica *competenza*. Ai fini che più rilevano in questa sede, vale la pena osservare che il descritto mutamento di paradigma ha in particolare interessato proprio quegli ordinamenti in cui l'indirizzo politico maggioritario più premeva per un'impostazione dogmatica della scienza e per una forte prerogativa del potere di metterne in discussione le verità: in cui, in altre parole, si tendeva a screditare le complessità della tecnica in favore di messaggi più semplicistici ma capaci di toccare corde istintuali, creando più efficacemente consensi. L'emergenza ha dunque inesorabilmente rivelato le potenziali criticità di una selezione di tecnici motivata anche da comunanza ideologica e contiguità con i *desiderata* del decisore, oltre che da solide basi scientifiche; sul piano metodologico, l'appiattimento su nozioni monodimensionali, la contestazione dell'intermediazione svolta dalle *élite* e la radicalizzazione/polarizzazione delle discussioni, che rimandano ad atteggiamenti divisivi segno della *politicizzazione* del dibattito scientifico, hanno in questi mesi lasciato il posto alle parole di un ceto responsabile di competenti, capaci nella quasi totalità dei casi di informare con serietà ed onestà, non sottraendosi al difficile compito di mostrare dubbi e/o di esercitare la (pur difficile) arte della previsione.

---

esempio su [www.open.online](http://www.open.online) o [www.corriere.it](http://www.corriere.it); alcune schedetecniche di approfondimento sono poi consultabili su [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it), a firma del Comitato tecnico-scientifico guidato dal Prof. Silvio Brusaferrò, Presidente dell'Istituto Superiore di Sanità: dal documento, recante la valutazione di diversi scenari di rilascio del *lockdown*, emerge con chiarezza la contrarietà dei tecnici ad un eccessivo allentamento delle misure restrittive. Per un commento critico cfr. G. DOSI – G.L. GATTA – C. LA VECCHIA – A. MORETTO, *Costi e limiti della precauzione suggerita da un discutibile report scientifico*, in *Scienzainrete*, 1 maggio 2020, [www.scienzainrete.it](http://www.scienzainrete.it). Analogo dibattito ha riguardato, più di recente, la ripresa dei cd. sport di contatto, sulla quale il Comitato tecnico-scientifico della Protezione civile ha espresso il suo parere negativo (cfr. l'articolo «Niente calcetto, il comitato tecnico scientifico dice ancora no agli sport di contatto», pubblicato su *Repubblica*, 24 giugno 2020), in disaccordo con la posizione del Ministro dello Sport, e per la quale si è resa necessaria la decisione da parte del Ministro della Salute.

Anche sotto questo aspetto, dunque, la percezione della scienza si è scomposta su una pluralità di livelli: la scienza *indispensabile*, per comprendere la malattia ed i meccanismi che la governano; la scienza *utile*, per imparare a discernere le verità attendibili su questioni di rilievo e su concetti complessi entrati nel nostro quotidiano; la scienza *che impara*, per accettare l'incertezza degli esperti e il loro procedere per tentativi quale substrato dell'autentico metodo scientifico<sup>40</sup>.

### 3. Precauzione e trasparenza. Tecnica e democrazia.

Nell'assenza di certezze scientifiche tanto sulle caratteristiche intrinseche del virus Covid-19 quanto sulle misure più consone al contenimento epidemico o alla prevenzione della malattia, il criterio d'azione più attendibile e affidabile sul piano giuridico è parso sin dall'inizio quello dettato dal principio di precauzione, sul presupposto per cui la salute e il valore della vita umana, in un contesto riconducibile ai paradigmi concettuali della cd. *società del rischio*<sup>41</sup>, richiedessero una tutela quanto più possibile anticipata<sup>42</sup>.

Come è ben noto, tale principio si sostanzia in tre momenti costitutivi, tra loro connessi: la *valutazione* del rischio, la *gestione* dello stesso ed infine la sua *comunicazione*<sup>43</sup>. È nella prima delle predette fasi che viene di norma utilizzato il sapere scientifico specialistico applicabile al caso concreto, con l'intento di fornire una identificazione e caratterizzazione dei potenziali pericoli esistenti; la fase di

<sup>40</sup> In questo senso, e per una incisiva riflessione su questi temi, cfr. l'articolo «*La scienza come esercizio di democrazia*», apparso su *Il Sole 24 ore*, 17 maggio 2020, a firma di E. Vaudo.

<sup>41</sup> Si rinvia, sull'argomento, alla nota teorizzazione del sociologo tedesco Ulrich Beck: per tutti, U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, trad. it. a cura di W. Privitera, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000.

<sup>42</sup> In tema cfr. M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit., 1, il quale afferma che oggi la tendenza delle politiche pubbliche in materia di amministrazione dell'emergenza sanitaria sembra muovere sempre più nel senso di un intervento *preventivo e precauzionale* rispetto ad interventi straordinari *successivi* al verificarsi degli eventi che li giustificano. Ciò costituisce l'approdo finale di un percorso evolutivo sull'approccio pubblico al cd. rischio sanitario, giustificato tanto dall'accresciuta crisi delle certezze scientifiche rispetto al passato quanto dall'emersione, specialmente in sede europea, di istanze per un elevato livello di tutela in campo sanitario ed ambientale e di principi inediti quale quello di precauzione. Riprende tali riflessioni anche M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, cit., 3/2020, part. 284 ss.

<sup>43</sup> Su questo tema, con specifico riferimento all'emergenza Coronavirus, si v. A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, cit., 3.; per un approfondimento sull'applicazione del principio in campo sanitario v. anche B. BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale. Profili di regolazione giuridica europea e nazionale*, Torino, Giappichelli, 2016. Più in generale sul principio di precauzione, tra i molti, v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; ID., *Il principio di precauzione*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 413 ss.; si veda altresì A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006. Cfr. anche la *Comunicazione sul principio di precauzione* della Commissione Europea, COM(2000)1, 2 febbraio 2000, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

gestione è invece quella più prossima alla sfera politico-amministrativa, consistendo in un vaglio di tutte le possibili scelte di intervento tenuto conto di tutti gli interessi in gioco, anche ulteriori rispetto a quelli evidenziati dai dati scientifici<sup>44</sup>; fondamentale, infine, è osservare una scrupolosa trasparenza nella comunicazione degli esiti dei momenti precedenti ai destinatari delle misure da adottare. Ciò, si ritiene, non solo ai fini della legittimazione di queste ultime dinanzi alla collettività, funzionale alla loro accettazione e discendente dalla integrale conoscibilità e conoscenza dei procedimenti che le hanno giustificate, ma soprattutto in chiave di corretta connotazione democratica dei processi decisionali pubblici.

Sotto quest'ultimo aspetto, tuttavia, sembra possibile rilevare alcuni scostamenti del decisore pubblico rispetto al più scrupoloso invero dei canoni di trasparenza, per lo più addebitabile, si ritiene, alla difficoltà di agire con tempestività e decisione di fronte ad un nemico nuovo ed inatteso, destreggiandosi nell'incertezza e nel succedersi concitato e frammentario degli eventi, specialmente nei primi stadi dell'emergenza<sup>45</sup>. A titolo esemplificativo, si ponga mente al fatto che la regolamentazione dei rapporti fra Governo e organi tecnici viene esplicitata solo a partire dal decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19<sup>46</sup>, nel quale compare un riferimento testuale agli esiti della valutazione (scientifica) del rischio quale base giuridica delle misure adottate dal Governo, peraltro mediante un rinvio ad atti del Comitato tecnico-scientifico che non erano sinora mai stati resi pubblici o accessibili ai cittadini<sup>47</sup>. Questo aspetto non è di poco momento, posto che l'eventuale violazione

---

<sup>44</sup> Come già accennato in precedenza, è in questo contesto che assume rilievo la particolare accuratezza del momento istruttorio, anche nella prospettiva della legittimità dell'azione amministrativa: un eventuale sindacato giurisdizionale, infatti, non atterrebbe soltanto alle modalità di esercizio della discrezionalità tecnica, ma opererebbe direttamente sulla discrezionalità amministrativa, proprio per il tramite del principio di proporzionalità: così M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, cit.

<sup>45</sup> Per un approfondimento sul tema v. E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

<sup>46</sup> Nel decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, ove vengono elencate tutte le possibili misure adottabili dalle "autorità competenti", nulla si dice infatti sui rapporti tra tali autorità e gli organi tecnico-scientifici; nel successivo d.l. n. 19/2020 si è dunque posto rimedio alla predetta lacuna, prevedendo che «*per i profili tecnico scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti [...] sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630*». Per un commento a tale ultimo decreto v. F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), Osservatorio Emergenza Covid-19, 6 aprile 2020, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>47</sup> Si pensi, ad esempio, al riferimento contenuto nel Dpcm del 10 aprile 2020 (che estende le misure di *lockdown* generalizzato sino al 3 maggio 2020) al «*verbale del Comitato tecnico-scientifico n. 49 del 9 aprile 2020*», o al rinvio del Dpcm del 26 aprile 2020 (che fissa il regime in vigore tra il 4 e il 17 maggio 2020) ai «*verbali n. 57 del 22 aprile e n. 59 del 24-25 aprile 2020 del Comitato tecnico-scientifico*»: nessuno di tali pareri risultava tuttavia accessibile attraverso i canali istituzionali del Governo. Solo di recente (6 agosto 2020), a seguito di una serie di vicende giudiziarie promosse dal centro di ricerca Fondazione Einaudi di Torino, dell'interessamento alla questione del Copasir (Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica) e di numerosi appelli in tal

del principio di precauzione potrebbe riverberare i suoi effetti sulla legittimità stessa dei provvedimenti adottati, specialmente considerando l'inedito rigore che li connota e che molte discussioni, come già sottolineato, ha sollevato in ordine alla costituzionalità della limitazione di molteplici libertà e diritti fondamentali<sup>48</sup>; al di là delle considerazioni sul piano giuridico, peraltro, colpisce ancor più che in un frangente di così eccezionale portata, che ha imposto alla collettività un profondo appello al senso di responsabilità tanto individuale quanto collettiva, si sia poi negata alla stessa la possibilità di esprimere un immediato ed informato giudizio *politico* sulla risposta pubblica all'emergenza. Tanto più che, come rimarcato espressamente dal responsabile della Protezione civile durante la conferenza stampa pomeridiana di lunedì 20 aprile, i verbali del Comitato tecnico-scientifico non risultavano coperti da alcun segreto, ma semplicemente erano al vaglio dell'amministrazione i tempi e modi della loro diffusione, dato il contenuto *lato sensu* "sensibile"<sup>49</sup> degli stessi; colpisce, dunque, che un fattore fondamentale di *accountability* quale la trasparenza dei processi decisionali, specie in tempi di implementazione degli istituti di accesso civico<sup>50</sup>, sia stata compressa a fronte di altre priorità proprio in un momento in cui la legittimazione delle misure straordinarie faticava a trovare il suo pieno fondamento tanto sul piano della rappresentanza quanto su quello della competenza.

Se sin qui si è sondato il tema della trasparenza in un'ottica politica, non sembra inopportuno riflettere anche sulle sue implicazioni in ambito scientifico: la circolazione di un numero copioso di opinioni spesso discordanti sul virus, sulla sua diffusione e sui rimedi per fronteggiarla è stata a sua volta oggetto di critica, riportando in primo piano il rischio di una vera *infodemia*<sup>51</sup>; nonostante gli sforzi profusi per assicurare una divulgazione univoca e comprensibile, inoltre, la scienza

---

senso, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha deciso di rendere pubblici alcuni dei predetti verbali, ed in particolare quelli riferiti alle riunioni del 28 febbraio, del 1 marzo, del 7 marzo, del 30 marzo e del 9 aprile 2020.

<sup>48</sup> Tale limitazione, secondo alcune interpretazioni, sarebbe accettabile in quanto funzionale alla salvaguardia di valori fondamentali quali la sicurezza dello Stato e la salute dei suoi cittadini, entrambi presupposti dell'esistenza stessa dell'ordinamento: cfr. M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, cit., 300; per un approfondimento sull'uso del potere d'ordinanza regionale e comunale nel contesto emergenziale v. 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.

<sup>49</sup> Sul tema del bilanciamento fra trasparenza e riservatezza si veda, in generale, E. CARLONI – M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Dir. pubbl.*, 3/2017, 723 ss.; v. anche S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, 4/2017, 1021 ss.

<sup>50</sup> In tema, tra i molti, E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità di obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 4/2016, 579 ss.

<sup>51</sup> Sull'argomento N. GRANDI – A. PIOVAN, *Coronavirus: un contagio (anche) informativo*, in *Micromega*, 3/2020. Il termine originale inglese *infodemic* (crasi di «information epidemic») viene per la prima volta utilizzato nell'articolo di D.J. ROTHKOPF, *When the buzz bites back*, su *The Washington Post*, 11 marzo 2003, per definire in sostanza una combinazione di fatti, paura, speculazione e indiscrezioni, amplificata e trasmessa rapidamente in tutto il mondo dalle moderne tecnologie dell'informazione.

ha in certi frangenti faticato a farsi capire, esasperando la natura specialistica delle comunicazioni, alimentando dubbi e ponendo così una certa distanza anche *concettuale*, accanto a quella *fisica* imposta dalla pandemia, fra sé e i suoi destinatari<sup>52</sup>.

L'incertezza della scienza, come è noto, esalta la discrezionalità politica<sup>53</sup>, ma è altrettanto vero che la debolezza della politica accresce indebitamente il peso della tecnica sulla decisione pubblica: di fondamentale importanza, dunque, è che le due sfere restino tra loro in equilibrio, senza che nessuna venga indebitamente sopraffatta dall'altra; proprio a partire da tale argomento, l'indagine sui rapporti fra politica e tecnica sollecita qualche considerazione conclusiva sul diverso atteggiarsi degli stessi in ragione dell'attenuazione o del rafforzamento delle basi democratiche ordinamentali.

L'assunto di partenza, almeno su un piano dogmatico-assiologico, è che politica e tecnica non siano sfere diametralmente contrapposte, ma semmai concentriche: non può negarsi infatti che anche il politico sia in realtà un tecnico, almeno se si aderisce alla concezione della politicità come professione/vocazione (*Beruf*) che richiede competenze specifiche e specialistiche<sup>54</sup>. Resta invece tra le stesse una insostituibile differenza sul piano della legittimazione, poiché mentre la credibilità della tecnica poggia esclusivamente su basi *cognitive*, la classe politica di norma fonda principalmente la propria azione sul *consenso* raccolto dagli indirizzi che essa è capace di esprimere<sup>55</sup>. A seconda dell'impostazione ordinamentale, tuttavia, l'attività svolta dagli *esperti* può essere utilizzata in via strumentale all'acquisizione di quel consenso, mediante una cooptazione di tecnici vicini all'indirizzo politico e l'attribuzione di valore *assoluto* ai risultati di quella attività, oppure può essere oggetto di una *mediazione* da parte della classe dirigente, così da rapportarla alle altre grandezze in gioco. In quest'ultimo senso può dunque evidenziarsi una prospettiva del sapere come "*sapere di servizio*" (non solo alla politica e all'amministrazione ma

<sup>52</sup> In senso profondamente critico sui metodi comunicativi della scienza e sulla debolezza della *statualità* emersa nell'emergenza sanitaria si v. A. BRADANINI, *Il dramma del coronavirus, l'arte della politica e la libertà di agire*, in *Micromega online*, 3 aprile 2020, [www.temi.repubblica.it/micromega-online](http://www.temi.repubblica.it/micromega-online). Volendo esemplificare, si pensi all'affermazione circolata recentemente secondo cui «*clanicamente* il virus non esiste più»; essa può essere formalmente corretta su un piano medico, ma non significa che esso sia realmente scomparso o ne sia cessata la circolazione: l'uso del termine *clanicamente* infatti circoscrive la portata dell'affermazione, ma per un pubblico inesperto può risultare fuorviante. Analoghe considerazioni valgono per la discussione in ordine alla trasmissione del virus da parte degli asintomatici, sorta da una dichiarazione equivoca del capo del team tecnico competente dell'Oms: l'uso eccessivo di tecnicismi nella comunicazione delle verità rilevanti rischia infatti di interdire la comprensibilità, ed anzi di favorire la de-contestualizzazione dei concetti, con effetti non solo di fraintendimento ma addirittura, nei casi estremi, di delegittimazione delle scelte politiche.

<sup>53</sup> Cfr. ancora A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, cit., 5.

<sup>54</sup> Il riferimento è ovviamente a M. WEBER, *Politik als Beruf* (1919), trad. it., *La politica come professione*, Torino, Einaudi, 2004.

<sup>55</sup> Le considerazioni qui sinteticamente riportate sono ampiamente approfondite in F. LANCHESTER, *Tecnici e democrazia*, in *Nomos*, 2/2012, 1, [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it).

anche) alla collettività, tale da tramutare il *potere-forza* in *potere-autorità*, favorendo il contributo di altri soggetti<sup>56</sup>.

Proprio il metodo della dialettica pubblica, come attributo della rappresentanza, è ciò che più di tutto connota le scelte politico-amministrative nei regimi liberal-democratici, costantemente chiamate ad un doveroso confronto con altre e diverse verità e posizioni; viceversa, negli ordinamenti autoritari si privilegia un utilizzo della tecnica strumentale alla politica, capace di veicolare una concezione assiologica (*rectius, noumenica*)<sup>57</sup> della verità che consenta al decisore pubblico di imporre il proprio indirizzo senza esporsi direttamente o assumerne la responsabilità.

Anche in regimi liberal-democratici può accadere tuttavia, in tempi di crisi, che la fondamentale funzione di rappresentanza di interessi facente capo al *government*, già indebolita da dinamiche e attriti sistemici interni all'ordinamento, si trovi oscurata dall'operato della *governance* tecno-burocratica, e da quest'ultima delegittimata; eppure, nel momento presente, l'emergenza sanitaria sembra all'opposto aver evidenziato un rafforzamento della *sovranità* statale quale cornice di riferimento delle iniziative istituzionali, confutando nei fatti le posizioni che ne pretendono una attenuazione in favore di ordini globali di matrice tecnica<sup>58</sup>.

Lo Stato costituzionale ha dimostrato di non essere affatto debole, ed anzi ha dato prova di una tenuta salda nel frangente emergenziale, mostrandosi non di rado capace di creare accordo anche a partire dalla frammentazione delle posizioni iniziali, misurandosi con gli altri centri aggregativi del consenso pur con le innegabili difficoltà, di cui s'è detto, derivanti dall'eccezionalità del momento. Viceversa, non sembra un caso che proprio negli ordinamenti a vocazione maggiormente autoritaria l'impatto della pandemia sia stato particolarmente drammatico: le criticità spesso connaturate a tali sistemi sul piano della trasparenza, nonché la tendenza ad un uso della scienza strumentale alla legittimazione di un *pensiero unico*, svincolato dalla responsabilità, potrebbero avere di fatto ostacolato l'adozione di strategie di impostazione chiara e di orizzonte ampio, mettendo in crisi l'infallibilità della *leadership* politica alla prova dei fatti<sup>59</sup>.

Certi "sussulti" registrabili sul piano della conformità costituzionale, infatti, dovrebbero normalmente risultare compensati dalla forza della legittimazione democratica del decisore politico, adiuvato dai dati scientifici ma non passivamente

<sup>56</sup> F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Torino, 1962.

<sup>57</sup> Cfr. ancora F. LANCHESTER, *Tecnici e democrazia*, cit., 1.

<sup>58</sup> Nello stesso senso F. FRACCHIA, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *Federalismi.it*, 17/2018, 12 settembre 2018, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>59</sup> In tema si vedano le incisive considerazioni di G. DELLA CANANEA, *La gestione del coronavirus mostra l'illusorio fascino dei regimi autoritari*, su *Il Foglio*, 17 marzo 2020; sull'impatto dell'emergenza sui regimi meno democratici v. anche S. CASSESE, *Il caso ungherese*, su *Il Foglio*, 7 aprile 2020.

subalterno ad essi, nella consapevolezza che strategie ed indirizzi d'azione che incidono in modo significativo sulla *vita* – intesa in ogni sua accezione – della collettività debbono necessariamente tenere conto non solo di evidenze oggettive ma anche dell'universo *valoriale* in gioco<sup>60</sup>.

Riconoscere alla politica, e ad essa soltanto, la prerogativa di adottare decisioni può non essere sempre semplice, soprattutto in frangenti emergenziali: chi può, ad esempio, fornire legittimamente una indicazione di etica clinica in un contesto di scarsità di risorse terapeutiche<sup>61</sup>? Se nei casi riferibili al trattamento di un singolo paziente sembra ipotizzabile che sia la medicina a poter valutare la miglior scelta terapeutico-assistenziale, quando si ragiona su livelli *macro* la questione chiama inevitabilmente in causa l'adozione di criteri allocativi e, a monte, l'opzione circa la configurazione costituzionale del diritto alla salute<sup>62</sup>; a ben vedere, dunque, non può che trattarsi di una scelta di *rilevanza*, e non soltanto di *evidenza*: ecco perché anch'essa, al pari di quella che istituisce una zona rossa o sospende le attività produttive o limita le libertà fondamentali dei cittadini non può che essere rimessa, in ultima istanza, a chi è competente a definire criteri di distribuzione delle opportunità, oltre ogni neutralità tecnica.

È quanto mai difficile trovare un equilibrio ragionevole fra tutela della salute, compressione dei diritti, prudenza e precauzione nell'affrontare i rischi, responsabilità individuale e salvaguardia del metodo democratico<sup>63</sup>: eppure, è questa

<sup>60</sup> Si pensi in tal senso al caso della Svezia: l'eccessivo affidamento ai dati ed un approccio rigorosamente *evidence-based* hanno suggerito di non intraprendere la strada del *lockdown* ma di applicare misure comportamentali precauzionali sino all'obiettivo della cd. immunità di gregge; fissando tuttavia standard troppo rigidi per l'accettazione delle evidenze scientifiche si sono trascurati modelli ed ipotesi congetturali che potevano rivelarsi utili al fine del contenimento dell'epidemia, con il risultato che anche in quel Paese la mortalità ha toccato livelli assai elevati. Anche la scienza, dunque, dovrebbe riconoscere che al di fuori delle sue evidenze restano significative componenti della razionalità umana: parla in questo senso di una necessaria "umiltà epistemica" il filosofo ERIK ANGNER, intervistato nel già richiamato articolo «*Si fa presto a dire scienza*», cit.

<sup>61</sup> A tal proposito si richiama il documento reso noto il 6 marzo 2020 e redatto dal gruppo di lavoro interno alla Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI), recante criteri di allocazione delle risorse sanitarie in condizione di necessità e pubblicato sul sito istituzionale [www.siaarti.it](http://www.siaarti.it); a commento v. L. CONTE, *Covid-19. Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, cit.

<sup>62</sup> In proposito C. DI COSTANZO – V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive tra emergenza virale e legittimità delle scelte allocative*, pubblicato nell'Instant Forum *Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), 15 marzo 2020, ed ora in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue, 1/2020, 441 ss., ove si sottolineano le diverse conseguenze che derivano dalla configurazione del diritto alla salute come diritto fondamentale della persona (se pur condizionato) o piuttosto come un obiettivo di *policy*. Sull'argomento, v. anche M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, cit.

<sup>63</sup> In proposito, si pensi alla delicata decisione sull'indizione delle consultazioni elettorali regionali e amministrative (nonché referendarie) per l'anno 2020, alcune delle quali già rinviate a causa dell'emergenza sanitaria: anche in questo caso le indicazioni di esperti e tecnici, orientate a criteri di precauzione e prudenza, debbono essere bilanciate con i fondamenti basilari della democrazia, che impongono il rinnovo degli organi

*l'arte di governare* nella sua valenza più autentica, capace di rispettare l'autonomia dei ruoli tra i differenti decisori all'interno del ciclo regolatorio, assicurando fra gli stessi, al contempo, una seria, responsabile e trasparente collaborazione e condivisione, che valorizzi le capacità esistenti; ciò nella consapevolezza che tanto la politica quanto la tecnica, a garanzia della propria legittimazione, reclamano un indispensabile fondamento di *competenza*, presupposto dell'autentica autorità.

#### 4. Conclusioni.

Passata la fase acuta dell'emergenza, e pur nel permanere di una significativa incertezza sul futuro, da molte parti si formula l'auspicio che questa possa rivelarsi l'occasione per un ripensamento, o una riedificazione su basi più solide, di quegli ingranaggi della sovranità e della democrazia che più hanno mostrato debolezza od obsolescenza e necessitano pertanto di manutenzione.

Qualche riflessione può forse essere fatta in questo senso anche sulle due sfere oggetto della presente analisi: per quanto concerne la scienza, innanzitutto, si può affermare come la situazione ora vissuta abbia messo in luce l'infungibilità del sapere *tecnico*, tanto per la società quanto a supporto della decisione pubblica; peraltro, come già detto, l'emergenza è stata strumento per riportare preponderantemente in auge l'autentica competenza, rivelando la cedevolezza di certe contropunte di scetticismo anti-scientista e l'inconsistenza di *pseudoverità* prive di credibilità sul piano cognitivo. Ciò non deve tuttavia spingere la scienza verso pericolose derive dogmatiche, né indurre i tecnici a presentare le proprie posizioni come certezze inconfutabili, specie se con l'obiettivo di accrescere la propria popolarità o il proprio peso rispetto alla politica: anzi, anche la trasparenza nella comunicazione dei dati è elemento essenziale per la legittimazione della loro fonte.

Con particolare riferimento alla scienza medica, poi, potrebbe apparire auspicabile un impegno istituzionale a mettere in campo maggiori e più adeguate risorse nel sistema sanitario – anche approfittando del sostegno economico dell'Europa – eventualmente ripensandone alcuni aspetti organizzativi e semplificandone l'apparato burocratico, ma valorizzandone al contempo la natura di *servizio*, che

---

rappresentativi alle scadenze prefissate e l'uso della *prorogatio* circoscritto entro limiti di stretta eccezionalità, oltre a regole specifiche sul piano procedurale. Sul tema si rimanda al verbale n. 77 della riunione del Comitato tecnico-scientifico presso il Dipartimento di Protezione civile, in data 19 maggio 2020, e alla legge 19 giugno 2020, n. 59, di conversione del d.l. 20 aprile 2020, n. 26, la quale detta misure eccezionali e in deroga per le predette consultazioni. Si vedano anche G. MAESTRI, *Urne rinviata per il CoVid-19: la soluzione di (inattesi) conflitti tra diritto al voto e diritto alla salute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, 293 ss.; A. GIGLIOTTI, *Sulla legittimità del rinvio del referendum sulla riduzione dei parlamentari*, in *laCostituzione.info*, 6 marzo 2020.

molte virtù ha mostrato nel frangente emergenziale<sup>64</sup>; tenendo conto, inevitabilmente, della necessaria economicità del sistema, ma sul presupposto che le risorse spese oggi nell'attività di ricerca costituiscono più propriamente un *investimento* sul futuro della scienza.

La politica, per parte sua, ha oggi la possibilità di ritrovare la propria dignità e credibilità, agendo responsabilmente per stabilire ordini e priorità ed evitando di conseguenza, come spesso accade, che le cose *urgenti* prendano il sopravvento su quelle *importanti*<sup>65</sup>; ciò inevitabilmente passa per una acquisizione di consapevolezza circa il ruolo e l'autorità legati al suo statuto e alla sua funzione, nonché circa l'indispensabile funzione di protezione e di garanzia dell'unità nazionale ad essa spettante<sup>66</sup>. Per uscire rapidamente ed efficacemente dal periodo di crisi che si prospetta probabilmente dinanzi ad istituzioni e collettività sarebbe auspicabile per la classe politico-amministrativa arricchirsi, a sua volta, di competenze ed esperienze, adottando buone pratiche mediante il potenziamento di tecnologie, *know how*, competenze, management e infrastrutture materiali e digitali, e dotandosi di una visione capace di liberare energie positive, idonee a creare valore per la società. Ricordando come quest'ultima abbia (forse inaspettatamente) mostrato nell'emergenza sanitaria un forte senso di responsabilità individuale e collettiva, con ogni probabilità riflesso dell'ideale di solidarietà sociale che pervade nel profondo il nostro sistema costituzionale, non sembra inverosimile che possa rinsaldarsi in questo frangente un circuito di fiducia tra politica e società<sup>67</sup>, adjuvato dalla fondamentale mediazione di una amministrazione solida ed efficiente, in cui dalla prima vengano valorizzate, quali modelli virtuosi, le «riserve di umanità»<sup>68</sup> presenti nella seconda.

*Non aver previsto quale sarà il domani*, dunque, può anche rivelarsi un'opportunità, ma il metodo più opportuno per affrontare il cambiamento, comune ad entrambe le categorie qui oggetto di analisi, non potrà che essere per approssimazioni successive, mediante scelte costantemente controllate ed aggiornate, trattate in altre parole con *metodo scientifico*.

<sup>64</sup> In questo senso muove l'intervento svolto da A. PIOGGIA nell'ambito del webinar *Il diritto dell'emergenza nella crisi da Coronavirus*, 8-9 aprile 2020, anticipato dal paper *Coronavirus e Servizio sanitario nazionale*, 14 marzo 2020, in [www.ridiam.it](http://www.ridiam.it). Si veda anche S. CASSESE, *Il dopo virus? Più soldi a ospedali e scuola, la sanità allo Stato, meno diritti e burocrazia*, in *Magazine Tipitosti*, 29 marzo 2020, [www.magazine.tipitosti.it](http://www.magazine.tipitosti.it); per alcune interessanti suggestioni su una nuova configurazione del SSN cfr. S. GARATTINI, *Idee per un nuovo servizio sanitario nazionale*, su *Il Foglio*, 11 maggio 2020.

<sup>65</sup> Di recente, su questi temi, G. GILI – M. PANARARI, *La credibilità politica: radici, forme, prospettive di un concetto inattuale*, Venezia, Marsilio, 2020.

<sup>66</sup> Cfr. le considerazioni di J.P. LE GOFF nell'intervista «*Retour du tragique et "réserves d'humanité"*», pubblicata sul quotidiano *Le Figaro* in data 18 marzo 2020.

<sup>67</sup> Sul tema v. M. DE BENEDETTO, *Regulating in time of tragic choices*, in *The Regulatory review*, 6 maggio 2020, [www.theregview.org](http://www.theregview.org).

<sup>68</sup> J.P. LE GOFF, «*Retour du tragique et "réserves d'humanité"*», cit.

## LIBERTA' DI CIRCOLAZIONE ED EMERGENZA SANITARIA

Gian Paolo Dolso\*

**ABSTRACT** [ITA]: L'articolo riguarda i limiti che, per far fronte all'emergenza da Covid-19, sono stati posti alla libertà di circolazione. Dapprima viene esaminata la giurisprudenza della Corte costituzionale da cui si possono trarre diverse indicazioni sulle modalità di disciplina della libertà in parola. Si tratta di una libertà che, ai sensi dell'art. 16 Cost., può essere limitata solo con legge e solo nei casi dalla Costituzione indicati. In realtà i decreti-legge che hanno provveduto a disciplinare la situazione di emergenza non hanno fornito sul punto sufficienti indicazioni, rilasciando ampi spazi a fonti secondarie, in particolare a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Sarebbe stato certamente preferibile adottare le *misure* restrittive della libertà di circolazione con decreti-legge. L'emergenza da Covid-19, riconosciuta a livello internazionale, è di certo indiscutibile. Problemi maggiori potrebbero profilarsi con riguardo ad altre tipologie di emergenze, di più dubbia qualificazione. In questi casi un maggiore utilizzo di fonti di rango primario per introdurre limitazioni a diritti costituzionali, unitamente ad una rigorosa garanzia della temporaneità di situazioni di questo tipo, potrebbero costituire garanzie adeguate anche a fronte di ulteriori e diverse situazioni di emergenza.

**ABSTRACT** [ENG]: *The article concerns the restrictions that have been adopted with regard to freedom of movement during the Covid-19 pandemic. First, it has been examined the Constitutional Court case law. Freedom of movement can be limited only by law or by acts ranked as laws. The decree laws adopted to deal with the emergency situation have only partially regulated the situation and it was necessary to adopt further acts. Actually the space left to secondary sources, in particular decrees of the President of the Council of Ministers, seems excessive. It would have been better to adopt more measures by decree-laws rather than with regulatory provisions. The Covid-19 emergency is an emergency situation internationally recognized and certainly indisputable. Greater problems could arise with regard to other types of emergencies. In these cases, a more appropriate use of decree laws, and a strict guarantee of the temporary nature of emergency measures, could constitute adequate guarantees with regard to further and different emergency situations.*

---

\* Professore associato di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Trieste.

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** La giurisprudenza della Corte costituzionale. – **3.** Il carattere “assoluto” della riserva di legge che presidia l’art. 16 Cost. – **4.** Libertà di circolazione ed emergenza Covid-19. – **5.** Caratteri e rischi dell’emergenza in atto.

## 1. Introduzione.

La dottrina giuridica che nel tempo si è occupata di libertà di circolazione ha incontrato diversi scogli sul proprio cammino, non sempre, e non ancora, del tutto superati. Già la nozione di libertà di circolazione appare sfuggente, non tanto in sé, se non forse in riferimento ai profili legati ai “mezzi” di circolazione, oggetto di limitazioni di vario tipo, ma piuttosto quando letta in contropiede con la libertà personale, rimanendo incerti i confini tra le due situazioni giuridiche soggettive, non a caso non disciplinate in modo diversificato nel regime statutario<sup>1</sup>.

Incerta pure è la portata della riserva di legge che assiste questa libertà, ad onta del fatto che tradizionalmente, in relazione a tutte le libertà costituzionali, si è soliti ragionare di riserva assoluta di legge come primario elemento di garanzia di esse. Nel caso della libertà di circolazione, è invece dubbia la natura della riserva, da alcuni declinata come assoluta, da altri come relativa, senza che, almeno apparentemente, la Corte costituzionale abbia provveduto a dirimere le incertezze sul punto. Anche in relazione alle limitazioni dalla Costituzione contemplate si registrano posizioni diversificate: in particolare l’art. 16 ragiona di motivi di “sanità e sicurezza”, espressioni che si prestano in effetti a letture anche molto divergenti tra di loro<sup>2</sup>.

Rimangono pure da decodificare le indicazioni costituzionali relative alla natura *generale* che deve rivestire la legge recante limitazioni a tale libertà, cui si aggiunge il divieto, assoluto, di introdurre qualsiasi tipo di limitazione in base a *ragioni politiche*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> È noto che lo Statuto albertino contemplava una tutela della libertà individuale, senza occuparsi specificamente della libertà di circolazione. Cfr. al riguardo l’art. 26, che ragiona di “libertà individuale”. Che la distinzione tra area coperta dall’art. 13 Cost. e area coperta dall’art. 16 Cost. abbia costituito un problema piuttosto serio lo dimostra la cospicua giurisprudenza costituzionale in materia di misure di prevenzione, nell’ambito del quale la Corte ha a più riprese tentato un’*actio finium regundorum* senza tuttavia giungere a risultati del tutto univoci: per una ricostruzione di questa giurisprudenza, si rinvia a G.P. DOLSO, *Le misure di prevenzione tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Archivio Penale*, n. 2, 2017, pp. 9 ss.

<sup>2</sup> Si tratta appunto di una riserva di legge “rinforzata”, nel senso che la Costituzione esige non solo l’intervento in forza di una legge, o di un atto avente forza di legge, ma postula altresì che l’intervento limitativo persegua una delle due finalità indicate, sanità o sicurezza appunto. Sui profili della problematica distinzione tra libertà personale e libertà di circolazione si veda già A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 120 ss., 146 ss.

<sup>3</sup> Esplicitamente l’art. 16 Cost. prevede: «nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche».

Indicazione, quest'ultima, chiara quanto a matrice storica, che segna una palese soluzione di continuità nei confronti del passato regime, che molto spesso aveva fatto ricorso (anche) a limitazioni della libertà di circolazione per motivi esclusivamente politici, ma che è stata oggetto di interpretazioni non del tutto univoche da parte degli interpreti.

Non è questa la sede per ripercorrere tali difficoltà, né tanto meno per dare ad esse soluzioni. Si tratta di problemi che rimangono per lo più aperti, essendo le posizioni dottrinali assai eterogenee e non sempre decisivo l'apporto che alla loro soluzione ha fornito la giurisprudenza costituzionale. Piuttosto questa è l'occasione per fare il punto su questa libertà, per vero non molto frequentata dalla dottrina, verificando anche se e quanto le indicazioni della dottrina abbiano trovato riscontro nella prassi recente oppure se siano da essa state smentite. Sembra, ancora, interessante verificare se la situazione di emergenza attuale, e le soluzioni ad essa conseguenti, dicano qualcosa di significativo in ordine alla nozione della libertà di circolazione, alle sue modalità di estrinsecazione, alla portata delle limitazioni a cui essa può essere sottoposta. Il tutto muovendo dagli itinerari della giurisprudenza costituzionale, e dagli elementi da essa disseminati, onde cercare di leggere gli spunti dalla giurisprudenza distillati sulla scorta del canone, a suo tempo prefigurato per la lettura delle norme costituzionali, del *magis ut valeat*.<sup>4</sup>

## 2. La giurisprudenza della Corte costituzionale.

Non sono molte le occasioni in cui la libertà di circolazione è stata posta all'attenzione della Corte costituzionale. Ma è degno di interesse osservare che nelle primissime sentenze, fin già dalla n. 2 del 1956, la Corte ha fissato una serie di punti fermi, su cui raramente è ritornata e che sono stati in realtà per lo più oggetto di conferma, non sempre esplicita, da parte della giurisprudenza successiva. Tutta questa parabola si è consumata in sostanza nel primo decennio di attività della Corte costituzionale.

Già appunto nella sentenza n. 2 del 1956 la Corte, chiamata da una raffica di ordinanze di rimessione a pronunciarsi su diverse misure di prevenzione, ha modo di dichiarare incostituzionali alcune tradizionali misure contenute nel T.U. leggi di p.s.<sup>5</sup>. In particolare, se viene dichiarato illegittimo il rimpatrio per traduzione, quando esso non sia assistito da un provvedimento del giudice, altrettanto non può predicarsi in ordine al rimpatrio obbligatorio, sempre che esso rispetti certe

<sup>4</sup> Richiamando la felice espressione di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue norme di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 11 ss.

<sup>5</sup> In particolare, la Corte ha nell'occasione dichiarato illegittimo il rimpatrio per traduzione previsto dall'art. 157 del citato T. U. delle leggi di p.s. approvato con decreto 18 giugno 1931, n. 773.

condizioni che la Corte specifica al fine di rendere tale istituto conforme all'art. 16 Cost. Oltre a dare per scontato, avviando un'impostazione che verrà sostanzialmente seguita anche in futuro, che la libertà personale risulti lesa quando (e solo quando verrebbe da dire) il provvedimento limitativo della libertà consente, o prevede, una vera e propria coercizione sul soggetto (non a caso si tratta di una vera e propria *traduzione*) nel caso dell'art. 16 si ragiona invece di provvedimenti obbligatori, che appunto non implicano, e soprattutto non consentono una coercizione fisica sul soggetto<sup>6</sup>.

Dato per scontato che le limitazioni della libertà di circolazione siano contenute nella legge, la Corte in questo primo storico caso fa i conti con il problema della discrezionalità che residua in capo all'amministrazione all'atto di emanare i provvedimenti che determinano limitazioni a tale libertà<sup>7</sup>. E' fisiologico, spiega la Corte, che in questo come in altri casi di limitazioni di diritti, l'amministrazione disponga di una discrezionalità, «necessaria all'attività amministrativa», sempre che essa non tramodi nell'arbitrio, come ad esempio era stato constatato nel primo caso portato all'attenzione della Corte costituzionale e deciso con la storica sentenza 1 del 1956<sup>8</sup>. Al fine di scongiurare tale rischio la Corte, preso atto del fatto che la legge, e *a*

<sup>6</sup> Del resto, già in dottrina si era osservato che «il diritto, quando comanda non coercisce, quando coercisce non comanda»: così C. ESPOSITOE, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in *Annali Camerino*, col. IV, 1930, 61. Con riguardo alla libertà personale, se il riferimento alla coercizione sembra accogliere una nozione di libertà eminentemente “fisica”, occorre dire che tale impostazione, non estranea certo alla giurisprudenza della Corte costituzionale, ha dovuto poi convivere con altri orientamenti. In particolare, la Corte ha precisato, sempre con riguardo alla galassia delle misure di prevenzione, vero e proprio laboratorio con riguardo alle libertà ora in discorso, che la libertà personale è violata anche quando il provvedimento irrogato, pur non toccando la fisicità del suo destinatario, ne determina una “degradazione” giuridica, il che ad esempio avviene nel caso di irrogazione della misura di prevenzione dell'ammonizione: così Corte cost., sent. n. 11 del 1956. Destreggiandosi tra un concetto solamente “fisico” della libertà personale e uno basato appunto sulla lesione della dignità della persona come nel caso dell' “ammonizione”, la Corte in altra pronuncia cercava di precisare, senza per vero dirimere ogni dubbio al riguardo, che «la garanzia dell'*habeas corpus* non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale, quando tale menomazione implichi in assoggettamento totale della persona all'altrui potere»: così sent. n. 30 del 1962.

<sup>7</sup> In altre decisioni la Corte si è limitata a rimarcare la necessità di un intervento legislativo in materia, senza per vero fornire ulteriori indicazioni in relazione alla natura della riserva. In assenza di elementi in questo senso, e ponendo mente alle primissime pronunce della Corte che hanno in sostanza dato avvio alla distinzione tra riserve di legge, in definitiva sconosciuta in Costituzione, è lecito concludere nel senso che, in assenza di un apparato argomentativo che deponga per la natura *relativa* della riserva, essa va interpretata inevitabilmente come assoluta. Esempio calzante a questo riguardo sembra la sent. n. 20 del 1962, relativa all'obbligo di residenza del fallito, obbligo di cui viene rimarcata la sicura base legale. Per i primi esempi, invece, di riserve di legge declinate come *relative*, si può rinviare alle sentt. nn. 4 e 30 del 1957, pronunce ove tale qualificazione costituisce l'epilogo di un articolato *iter* argomentativo.

<sup>8</sup> Nel caso deciso dalla Corte con la sent. n. 1 del 1956 si era constatato, per giunta in relazione a limitazioni poste alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., che all'autorità amministrativa erano attribuiti «poteri discrezionali illimitati», di modo che «per l'autorità di pubblica sicurezza [...] continua a sussistere una eccessiva estensione di poteri discrezionali, non essendo in alcun modo delineata la sfera entro la quale debbano essere contenuti l'attività di polizia e l'uso dei poteri di questa».

*fortiori* la Costituzione, «non possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti», individua l'antitodo nell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, obbligo che è funzionale all'esercizio del diritto di difesa<sup>9</sup>. Si tratta di uno schema di giudizio ricorrente nel panorama giurisprudenziale, anche con specifico riferimento alla disciplina della libertà in parola<sup>10</sup>.

Se il chiaro riferimento, contenuto nella sentenza, alla legge, ovviamente non fornisce (e non può fornire) elementi in relazione alla natura della riserva, istituto che doveva ancora essere dalla Corte modellato nel modo che è noto, di certo non si possono trarre dalla motivazione elementi determinanti ai fini della qualificazione della riserva. La Corte si limita infatti al rilievo –che ha il sapore dell'ovvio– secondo cui vi è un piano in cui opera la legge, ed uno in cui opera l'atto amministrativo, di modo che l'eventuale illegittimità del secondo non si rifrange necessariamente sulla prima, ed è sindacabile dal giudice comune<sup>11</sup>. Che la legge debba intervenire a completamento e integrazione della norma costituzionale è pacifico quanto il fatto che la stessa non possa prevedere tutti i casi di applicazione delle limitazioni in parola ma debba necessariamente esaurirsi in prescrizioni generali, che spetterà appunto alla autorità amministrativa tradurre in atti concreti: tutto ciò non fornisce alcuna indicazione sulla natura della riserva, anche a prescindere –se possibile– dal fatto che la Corte non aveva ancora iniziato il percorso interpretativo che l'avrebbe portata a distinguerne diverse tipologie<sup>12</sup>.

L'interesse della pronuncia sta anche nel tentativo di dare una spiegazione ai vari sintagmi che compongono la fattispecie costituzionale, che diverso filo da torcere daranno alla dottrina che della libertà in parola via via si occuperà nel tempo. Se la norma costituzionale dispone che le limitazioni devono essere previste dalla legge “in

<sup>9</sup> Le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 2 del 1956.

<sup>10</sup> Significativa, al riguardo, la sent. 12 del 1965, ove la Corte si muove sugli stessi binari, distinguendo accuratamente profili di legittimità della legge da eventuali patologie degli atti amministrativi che della legge costituiscono attuazione entro un margine di ineliminabile discrezionalità (la fattispecie aveva ad oggetto il potere di ordinanza del prefetto in relazione alla circolazione su strada di cui all'art. 3, comma 1 del T.U. 15 giugno 1959, n. 393).

<sup>11</sup> «L'errata applicazione di una norma di legge –precisa la Corte– è questione del tutto diversa dalla sua legittimità che, anzi, la denuncia di applicazione errata presuppone il riconoscimento, in tesi, dell'applicabilità, cioè della legittimità della norma». Si tratta di una prospettiva che la Corte adotterà soprattutto nelle sent. n. 12 del 1965.

<sup>12</sup> Tale percorso è iniziato con la sentenza n. 4 del 1957, non a caso relativo all'art. 23 Cost. ove si ragiona di prestazioni personali o patrimoniali imposte “in base alla legge”, precisando nella sentenza che, se non è possibile consegnare all'arbitrio di una autorità amministrativa la fissazione di una prestazione, patrimoniale o personale che sia, non è vietato riconoscere un ambito di discrezionalità, ad esempio in relazione al limite massimo dell'imposizione, sempre che la legge «indichi criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'ente impositore nell'ambito del potere attribuitogli».

via generale”, la Corte osserva –anche muovendo naturalmente dalla fattispecie su cui era chiamata a giudicare- che la prescrizione non si riferisce solo a «situazioni di carattere generale, quali epidemie, pubbliche calamità e simili»; in realtà la locuzione in parola significa semplicemente che «la legge debba essere applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie»<sup>13</sup>.

Se il disporre *in via generale* non pare creare particolari problemi alla Corte, qualche sforzo maggiore esige l’interpretazione delle situazioni che, sole, possono costituire un limite alla libertà in parola: il riferimento è ai *motivi di sanità o sicurezza*. Se sul primo motivo la Corte nemmeno si sofferma, sulla sicurezza vengono svolte una serie di considerazioni che portano ad una declinazione non solo nel senso della necessaria tutela della «incolumità fisica» dei cittadini, ma anche come baluardo per «l’ordinato vivere civile», «indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico»<sup>14</sup>. Sin qui *nulla quaestio*: il problema è che, in tale modo, la Corte conclude nel senso della conformità a Costituzione del riferimento non solo alle persone «pericolose per l’ordine e la sicurezza pubblica», ma anche per quelle pericolose per la «pubblica moralità».

È ben vero che nella motivazione si cerca di temperare l’assunto negando rilevanza alle «convinzioni intime del cittadino, di per sé stesse incoercibili», e così pure alle «teorie in materia di morale, la cui manifestazione [...] è libera»; «ma –si soggiunge- i cittadini hanno diritto di non essere turbati ed offesi da manifestazioni immorali, quando queste risultino pregiudizievoli anche alla sanità, indicata nell’art. 16 della Cost., o creino situazioni ambientali favorevoli allo sviluppo della delinquenza comune», con il che sembra che il perimetro del limite si allarghi oltre quanto ragionevolmente implicato da una lettura del testo della Costituzione. Nelle dinamiche interpretative dell’art. 16 Cost., si tratta della prima torsione interpretativa che la norma, che invero si presta in qualche misura ad alimentare dubbi data la sua formulazione, registra. Ritenere che, nel perimetro della sicurezza pubblica, possano trovare spazio anche i rischi per la pubblica moralità, come previsto dall’art. 157 della legge di pubblica sicurezza, appare invero azzardato, e difficilmente compatibile con un’interpretazione ispirata agli usuali canoni ermeneutici. Del resto anche il riferimento alla pubblica moralità nell’individuazione dei destinatari delle misure di prevenzione era stato oggetto di ferma critica da parte della dottrina più avveduta,

---

<sup>13</sup> Ancora Corte. cost., sent. n. 2 del 1956, che riecheggia l’impostazione di C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione*, in C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, pp. 37 ss., nel celebre passo in cui sosteneva che «non vi è in Italia principe o suddito sciolto dalle leggi, e non ci sono più sottoposti a potestà legislativa diversa da quella degli altri cittadini, e non vi è più personalità della legge, né pluralità degli ordinamenti in corrispondenza alle varie categorie di soggetti».

<sup>14</sup> Corte cost., sent. n. 2 de 1956.

che ne aveva contestato l'assoluta indeterminatezza e quindi il contrasto con il principio di legalità<sup>15</sup>.

Piuttosto, con riguardo alla sicurezza pubblica, traslata in *ordine pubblico*, concetto che il Costituente evitò accuratamente, la Corte spiega che la sua messa in pericolo non può risolversi «in semplici manifestazioni di natura sociali e politica», ma deve tralignare in «manifestazioni esteriori di insofferenza o di ribellione ai precetti legislativi ed ai legittimi ordini dell'Autorità»<sup>16</sup>.

Prima delle importanti sentenze del '64, su cui molto la dottrina ha insistito<sup>17</sup>, c'è solo da ricordare un altro arresto in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi su altra norma del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, avente del resto contenuto analogo a quello già colpito con la sentenza n. 2 del 1956, svolge in sostanza analoghe argomentazioni in relazione all'art. 16 Cost. Secondo l'art. 162 del citato testo unico «i condannati per delitto a pena detentiva [...] hanno l'obbligo, appena dimessi dal carcere o dagli stabilimenti indicati nell'articolo precedente, di presentarsi all'autorità di pubblica sicurezza locale, che li provvede del foglio di via obbligatorio, se necessario». La Corte, chirurgicamente, asporta la previsione relativa al foglio di via obbligatorio, che viola l'art. 13 Cost., mantenendo in vita la prima parte della norma che non contrasta con l'art. 16 Cost: «trattasi, infatti, di un obbligo imposto dalla legge per motivi di sicurezza, a persone precisamente determinate dalla legge stessa con criteri generali e su basi assolutamente obbiettive»<sup>18</sup>. Anche in questo caso non trapela alcun elemento che deponga per la natura relativa della riserva: è la legge che dispone l'obbligo, accuratamente distinto (e distinguibile) da ogni forma di coercizione, ed è la legge stessa che indica i destinatari di tale obbligo, individuati sulla base di criteri generali.

Le citate pronunce del 1964, che riguardano i primi articoli della legge n. 1423 del 1956, cercando di dare la giusta collocazione alle misure di prevenzione e alla loro

<sup>15</sup> Sul punto la posizione di L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 23 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 946, 947, appare ineccepibile, laddove stigmatizza la formulazione dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, rimarcando «le violazioni più gravi del principio di legalità contenute in quel testo, allorchè non si individuano comportamenti tipici ma si fa ricorso a definizioni vaghe e generiche riferentesi ad equivoche qualità di natura sociologica».

<sup>16</sup> Ancora sent. n. 2 del 1956, che conclude precisando che le manifestazioni in parola devono avere attitudine, per rientrare nel perimetro della espressione costituzionale, a dare facilmente luogo a «stati di allarme e a violenze, indubbiamente minacciose per la "sicurezza" della generalità dei cittadini, i quali finirebbero con vedere, essi, limitata la propria libertà di circolazione». Con il che ci si avvicina per vero ad una declinazione di ordine pubblico in senso "materiale", di *ordre dans larue*, che è poi l'unica declinazione compatibile con la Costituzione e il pluralismo ad essa sottesa, incompatibili con una accezione "ideale" dell'ordine pubblico: sul punto A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico*, vol. CLXI, 1963, pp. 111 ss.

<sup>17</sup> La coppia di pronunce del 1964, la n. 23 e la n. 68, non a caso formarono oggetto di un contributo, molto finemente argomentato, di L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 16 della Costituzione*, cit., pp. 938 ss.

<sup>18</sup> Così Corte cost., sent. n. 72 del 1963.

disciplina, fatalmente forniscono elementi di interpretazione dell'art. 16 Cost., su cui alcune delle misure in parola impingono. Ma andiamo con ordine. Nella prima pronuncia, oggetto di impugnazione è l'art. 1 della cosiddetta legge Tambroni, che fornisce una elencazione, che nel tempo si evolverà sia per opera del legislatore che della Corte costituzionale, delle categorie di persone passibili di essere destinatarie delle misure di prevenzione. A fronte di una serie di censure che riposano in sostanza sulla indeterminatezza dei destinatari di tali misure, alcune delle quali incidenti sull'art. 13 Cost., altre sull'art. 16 Cost., la Corte non fa altro che insistere sulla centralità e sulla sufficiente determinatezza dell'intervento legislativo di cui, con una formula che susciterà dubbi in dottrina, viene predicata la conformità al principio di legalità. Se è vero che la descrizione delle fattispecie risponde a criteri diversi rispetto a quelli con cui il legislatore procede nella descrizione delle fattispecie di reato, ciò – secondo la Corte- «non vuol dire minor rigore, ma diverso rigore nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione» rispetto appunto «alla previsione dei reati e alla irrogazione delle pene»<sup>19</sup>. Con riguardo all'essenziale funzione della legge, la Corte non solo constata che è la «disposizione legislativa» a identificare ogni categoria di persona «in base ad elementi da essa stessa determinati», ma che è il legislatore stesso a fornire elementi non equivoci per individuare concretamente le categorie di persone cui la norma si riferisce<sup>20</sup>. Che poi, come constatato nel citato precedente del 1956, il momento attuativo di queste previsioni implichi «un margine di discrezionalità nelle valutazioni dei singoli casi concreti» non è ragione di incostituzionalità della norma, essendo tale margine fisiologico in ogni attività di attuazione del diritto<sup>21</sup>. Come nel precedente citato, e forse ancora con più enfasi,

<sup>19</sup> Così Corte cost., sent. n. 23 del 1964. Che questa identificabilità delle categorie di soggetti destinatari delle misure venisse poi smentita dallo stesso legislatore, ad esempio in riferimento alla inquietante categoria degli «oziosi e vagabondi abituali validi al lavoro», spazzata via dalla l. n. 327 del 1988, non inficia il discorso che si sta facendo. Determinate o non che fossero tali figure, quello che importa in questa sede è che la Corte dà per scontato che, incidano esse sulla libertà personale o sulla libertà di circolazione, la disciplina di esse è saldamente consegnata nelle mani del legislatore, e solo del legislatore. Che la Corte sia stata poi particolarmente timida nel passare al vaglio la descrizione dei destinatari delle misure, il contenuto delle misure stesse alla luce del principio di determinatezza, è un fatto notorio: basti pensare che uno degli ultimi interventi importanti della Corte costituzionale, in qualche misura indotto da un altrettanto importante arresto della Corte di Strasburgo (Corte Edu, G.C., *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017), è costituito dalla sentenza n. 24 del 2019, che ha in particolare contestato la sufficiente descrizione legislativa di alcuni fattispecie descritte proprio nell'art. 1 della l. 1423/1956 (per ulteriori indicazioni in proposito si rinvia a G.P. DOLSO, *Le misure di prevenzione prima e dopo la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale: passi avanti e problemi aperti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pp. 1867 ss.

<sup>20</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 23 del 1964.

<sup>21</sup> Corte cost., sent. n. 23 del 1964. Sempre con riferimento a misure di prevenzione, la Corte ha avuto modo di precisare in altra occasione che tale discrezionalità «lungi dall'essere arbitraria», «è vincolata dalla natura dell'accertamento ai fini che il provvedimento deve conseguire», di modo che si è ragionato di «limitato margine di discrezionalità», condizionato, a monte, dalla necessaria previsione legislativa e verificato, a valle, dal controllo giurisdizionale, volto a saggiare la «razionalità e l'imparzialità» dell'esercizio del potere esecutivo: così Corte cost., ord. n. 384 del 1987.

nella decisione in esame la Corte a più riprese insiste sul ruolo essenziale della legge nella descrizione delle varie categorie di persone a cui possono essere irrogate misure limitative, in certi casi, dell'art. 13 cost., in altri dell'art. 16 Cost.: il ruolo assolutamente centrale della legge non cambia per nulla e non si registra alcuna indicazione che induca a ritenere che la riserva di legge, anche nel caso di cui all'art. 16 Cost., possa non essere assoluta.

Nella, di poco successiva, sentenza n. 68 dello stesso anno, la Corte in realtà è sollecitata, da una sofisticata ordinanza di rimessione, a pronunciarsi sulla necessità di estendere ad alcune misure di prevenzione, incidenti sulla dignità della persona, pur non a rigore rientranti nell'orbita dell'art. 13 Cost., la riserva di giurisdizione da questa norma prevista. Questo è il cuore della pronuncia, molto discutibile in certi passaggi, ma che in definitiva sconta i non risolti nodi relativi alla definizione della nozione di libertà personale e le contraddizioni che l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale registra al riguardo<sup>22</sup>. Al netto di questo, e per quanto attiene alla libertà di circolazione, la Corte non fa che confermare il fatto che quando la misura non è suscettibile di coercizione, ma ha contenuto meramente obbligatorio, si è fuori dal perimetro dell'art. 13 Cost. e si rientra nel 16<sup>23</sup>. Che poi si neghi che provvedimenti quali il rimpatrio obbligatorio non posseggano caratteristiche tali da assimilare tali misure ad altre –come l'ammonizione- in relazione alle quali la Corte stessa ha ragionato di «degradazione giuridica», intesa come una situazione che determina una violazione della libertà personale, questo è in verità un ragionamento che non ha convinto e non convince per nulla<sup>24</sup>. Da una parte il discrimine è tra provvedimento coercitivo e obbligatorio, dall'altra parte tra misura che reca in sé una degradazione giudica e misura che non la reca. Con la differenza che il primo discrimine dà luogo a un criterio intellegibile, agevolmente applicabile, il secondo rende il tutto nebuloso, come la migliore dottrina ha avuto modo di rimarcare<sup>25</sup>.

Se il baricentro della pronuncia risiede appunto nella richiesta estensione della riserva di giurisdizione al caso di provvedimenti (misure di prevenzione in particolare) che si collocano ai confini tra libertà personale e libertà di circolazione, nel senso che possono rientrare nell'una o nell'altra a seconda della accezione che si accolga della libertà personale, nozione che la Corte non è riuscita a depurare dalle

<sup>22</sup> Basti por mente alla successione delle pronunce n. 11 del 1956, n. 45 del 1969, e appunto 68 del 1963.

<sup>23</sup> Si tratta per vero di una prospettiva che la Corte terrà ferma anche in futuro: ad esempio, cfr. Corte cost., ord. n. 384 del 1987.

<sup>24</sup> Ancora, con argomentazione serrata, L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 16 della Costituzione*, cit., pp. 938 ss.

<sup>25</sup> «*Obscurum per obscurius*», chiosava L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 16 della Costituzione*, cit., p. 944, a fronte del tentativo di raccordare, con l'ambigua sentenza n. 30 del 1962, il concetto di degradazione giuridica accolto nella sent. n. 11 del 1956 con un concetto (di nuovo) strettamente fisico della libertà personale, fatto proprio dalla sent. n. 45 del 1960. Si tratta di ambiguità di certo non dissolte dalla sentenza n. 68 del 1964.

incertezze e contraddizioni della propria pregressa giurisprudenza, qualcosa nella sentenza si ritrova sul ruolo della legge con riguardo ai due diritti in parola. Si tratta di poche, ma molto dense, considerazioni, che la Corte dispensa in chiusura del proprio ragionamento in relazione alla pretesa (da parte del rimettente) «identificazione delle misure di sicurezza propriamente dette con le misure di polizia di sicurezza»<sup>26</sup>. La Corte muove della constatazione secondo cui «nessuna limitazione, quale che essa sia, dei diritti di libertà può essere disposta fuori dei casi previsti dalla legge»<sup>27</sup>: ciò è funzionale a limitare la necessità di un intervento del giudice solo ai casi ove esso è dalla Costituzione contemplato, *in primis* dall'art. 13 Cost. L'affermazione è tuttavia perentoria e generalizzata, non compatibile con una declinazione della riserva di legge come riserva "relativa". E ciò al netto delle differenze che sussistono tra le fattispecie di cui all'art. 13 e all'art. 16 Cost.: si tratta di diversità «di struttura, settore di competenza, campo e modalità di applicazione, specialmente per quanto si riferisce agli organi preposti a tale applicazione», con ciò rientrando nel solco principale della decisione che rimane quello della estensione, dalla Corte appunto respinta, della riserva di giurisdizione in casi che esulano dal perimetro coperto dall'art. 13 Cost..

E' singolare osservare che questa pronuncia, sovente richiamata per corroborare la tesi della natura relativa della riserva di legge, sia quella che, pur nella sua laconicità sul punto, offre lo spunto più consistente a favore della natura assoluta della riserva precisando appunto che, quanto a ruolo della legge, non solo l'art. 13 e l'art. 16 sono assimilabili, ma tutte le norme costituzionali che disciplinano i diritti di libertà sono connotate dal denominatore comune della necessaria previsione di legge<sup>28</sup>.

In altra pronuncia di poco successiva la Corte, chiamata a pronunciarsi sul potere di ordinanza spettante al prefetto in tema di circolazione stradale sulla base del Codice della Strada, se da una parte si conforma al tradizionale orientamento volto a sceverare il piano della legge da quello dell'attuazione di essa, dall'altra aggiunge un tassello di novità in relazione al problema dei limiti alla libertà di circolazione. Sotto il primo aspetto, e sulla scorta di quanto già diverse volte statuito (ad esempio nella

<sup>26</sup> Corte cost., sent. n. 68 del 1964. Si noti che si tratta, in definitiva, di una tesi patrocinata, anche in dottrina, da G. AMATO, *Commento all'art. 13*, in *Commentario alla Costituzione Branca*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna, 1977, pp. 47 ss., impostazione che avrebbe il pregio di attrarre sotto la sfera delle garanzie di cui all'art. 25 Cost. non solo le misure di sicurezza strettamente intese ma anche le misure di prevenzione, superando in tal modo l'obiezione di L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, 23, secondo cui nel nostro sistema costituzionale non vi è spazio per misure afflittive che non trovino una puntuale copertura in norme costituzionali: «l'art. 13 si ricollega immediatamente [...] con gli artt. 25, 30, 32». Di «fini costituzionalmente rilevanti» per evitare il paventato «vuoto di fini» dell'art. 13 Cost. ragiona anche P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984 pp. 115, 116.

<sup>27</sup> Corte cost., sent. n. 68 del 1964 (mio il corsivo).

<sup>28</sup> È assai significativo osservare che molti anni dopo la Corte costituzionale, adotterà una prospettiva del tutto analoga, ma in modo (se possibile) ancora più inequivoco: il riferimento è a Corte cost., sent. n. 115 del 2011.

citata sent. n. 2 del 1956) viene ribadito che un eventuale cattivo uso della discrezionalità che non può non spettare all'amministrazione non inficia di certo la previsione normativa, che prescinde da eventuali distorsioni o patologie dell'azione amministrativa, su cui del resto la Corte non ha competenza: a corredo di ciò si conferma pure il principio secondo cui tali provvedimenti, che incidono su diritti, hanno da essere motivati, sia o no previsto tale obbligo dalla legge<sup>29</sup>.

L'interesse della pronuncia risiede in un altro snodo della motivazione. Giova muovere dal testo legislativo su cui si erano appuntati i dubbi di costituzionalità: secondo l'art. 3 del Codice della Strada «il Prefetto, per motivi di sicurezza pubblica, per esigenze di carattere militare per motivi di pubblico interesse [...] può sospendere temporaneamente la circolazione di tutte o di alcune categorie di utenti sulle strade». A parte la sicurezza pubblica, e forse anche le esigenze di carattere militare, che potrebbero trovare nella sicurezza copertura, la limitazione della circolazione per motivi di interesse pubblico sembra porsi fuori quadro rispetto alle previsioni di cui all'art. 16 Cost. E su questo punto la Corte aggiunge un tassello inedito. Se è vero che muove dall'assunto in base al quale «l'art. 16 attiene ai diritti della persona umana, la cui libertà di movimento non può essere limitata se non nei casi e con le garanzie assicurate dalla detta norma», di seguito precisa che «l'uso delle strade [...] può essere regolato anche sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengano al buon regime della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbono osservare, alle eventuali prestazioni che essi sono tenuti a compiere e così via», concludendo quindi nel senso che le limitazioni della circolazione per la realizzazione del «*buon uso della strada*» non contrastano con l'art. 16 Cost., «*anche se la limitazione sia imposta per ragioni non attinenti alla sicurezza e alla sanità*»<sup>30</sup>. La Corte quindi dà per scontato, con una argomentazione dal sapore apodittico, che la libertà di circolazione può subire limitazioni *ulteriori* rispetto a quelle descritte dall'art. 16 Cost.

Il problema è ulteriormente complicato dalla scissione che si delinea, o che comunque può delinearsi, tra la libertà di movimento e/o di circolazione e il diritto di usare le strade pubbliche secondo la loro normale destinazione. Si possono svolgere

<sup>29</sup> Se le finalità legittimamente indicate dalla legge, e traducesse in limiti a diritti, anche costituzionalmente tutelati, fossero utilizzate solo come “pretesto” per attingere risultati ulteriori o diversi da quelli previsti dalla norma, «anzi in contrasto con essa o con altre norme di grado ancora più elevato», è chiaro che un problema di legittimità non si porrebbe con riguardo alla legge ma con riferimento all'atto amministrativo “applicativo” di essa: così Corte cost., sent. n. 12 del 1965. Sul profilo della motivazione insiste V. CRISAFULLI, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo? (in tema di libertà di circolazione)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, pp. 113 ss., secondo il quale la “massima” ricavabile dalla sentenza potrebbe essere: «tutte le disposizioni di legge che autorizzano interventi autoritativi della pubblica amministrazione su diritti di libertà devono leggersi come recanti l'obbligo di motivazione, essendo in tal senso integrate dal principio generale che detto obbligo stabilisce».

<sup>30</sup> Le citazioni sono tratte ancora da Corte cost., sent. n. 12 del 1965 (miei corsivi).

diversi ordini di argomentazioni in relazione ai nessi tra i due profili, anche se non si può negare che «ove non fosse saldamente garantita l'utilizzazione delle strade, a ben poca cosa si ridurrebbe l'affermazione dell'art. 16»<sup>31</sup>. In ogni caso, è stato osservato, anche se la disciplina dell'uso delle strade fuoriuscisse dallo stretto alveo dell'art. 16, non si può negare che esista un «rapporto di strumentalità necessaria tra uso delle strade e libertà di circolazione»<sup>32</sup>. Stando così le cose, e potendo quindi la disciplina dell'uso delle strade impingere sulla libertà in parola, anche la legge che tale potere in capo all'amministrazione intesta dovrebbe essere sottoposta a vaglio di costituzionalità, volto a «controllare che la discrezionalità amministrativa, in materia di diritti di libertà, sia rigorosamente "puntualizzata" in modo da non sconfinare in arbitrio»; se è vero che tale orientamento si è formato in relazione a materie coperte da riserve relative, ciò non toglie che esso abbia diritto di cittadinanza «anche con riferimento ad un ambito più vasto», «dovunque sia in giuoco [...] il principio di legalità sostanziale»<sup>33</sup>. Anche ad ammettere quindi, per ipotesi, e a prescindere da tanti elementi che depongono in senso contrario, che la riserva sia nel caso relativa, ad ogni modo il margine di scelta in capo all'amministrazione deve risultare *puntualizzato* dalla legge, legge che, in omaggio al principio di legalità (dalla dottrina appena citata declinato come "sostanziale") non può mai ridursi a mera attribuzione di potere ma deve precisare competenze, tipologia di funzioni, modalità di esercizio di esse. L'esiguo apparato argomentativo della pronuncia in esame non consente di trarre indicazioni univoche sul punto, ma nemmeno smentisce l'assunto in base al quale anche limiti ulteriori, che tocchino, oppure anche condizionino, l'esercizio del diritto di cui all'art. 16 Cost., hanno da essere previsti dalla legge, anche se poi la Corte non ritiene, nel caso, di verificare se la legge abbia oppure no assolto al suo essenziale compito di delimitare la discrezionalità legislativa. Di certo anche in questo frangente non è lecito trarre dalla decisione argomenti a favore della natura relativa della riserva, limitandosi la Corte a rimarcare il ruolo centrale che la legge svolge, *rectius*, deve svolgere, in materia di diritti di libertà.

Dalla giurisprudenza successiva non si ricava molto in relazione alla fisionomia della libertà in parola se non conferme o, tutt'al più, precisazioni e/o specificazioni di concetti che erano già *in nuce* presenti nella prima giurisprudenza.

<sup>31</sup> Così V. CRISAFULLI, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo?* cit., 121, il quale, pur ritenendo (come la stessa Corte sembra del resto fare) che «la garanzia costituzionale non si estenda all'uso delle strade, regolabili perciò con più larga discrezionalità di quella al legislatore conferita dall'art. 16», censura la mancanza di argomentazione sul delicato punto.

<sup>32</sup> Ancora V. CRISAFULLI, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo?* cit., 122.

<sup>33</sup> V. CRISAFULLI, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo?* cit., 123

Così per una pronuncia degli anni '70, avente ad oggetto ancora una norma del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza che consente ai prefetti delle province di confine di emettere un foglio di via obbligatorio nei confronti di cittadini stranieri al ricorrere delle condizioni meglio descritte nella norma<sup>34</sup>. La Corte non fa altro che ribadire, sulla scorta della pregressa giurisprudenza, che i motivi di sanità e sicurezza possono nascere anche da situazioni particolari oltre che generali, fermo restando che la necessaria motivazione dell'atto amministrativo applicativo è strumentale per rendere verificabile la sua conformità alla legge<sup>35</sup>.

Oltre a diverse conferme di statuizioni correnti nella giurisprudenza, una più recente pronuncia della fine degli anni '90 si segnala per alcune precisazioni relative alle limitazioni dell'uso delle strade pubbliche, nel caso disposte da una legge regionale<sup>36</sup>. La Corte, al contrario di quanto aveva fatto nella citata sent. n. 12 del 1965, si intrattiene sui criteri di valutazione della legge, introducendo parametri di giudizio più circostanziati. È interessante rilevare che il chiaro punto di partenza da cui muove la Corte è che le limitazioni di cui all'art. 16 Cost. «possono essere stabilite solo dalla legge»: si tratta per lo meno di un indizio della natura assoluta della riserva o, attingendo al medesimo risultato, per la sua natura non relativa. Dovendo fare i conti con i limiti, già del resto ammessi, ulteriori rispetto a quelli indicati nell'art. 16, ancorché legati all'utilizzo delle strade, e non alla libertà di movimento in senso stretto, vengono somministrati alcuni criteri per valutare le «ragioni di pubblico interesse» che tali misure possono legittimare, e ciò proprio perché i limiti in parola trascendono «il campo della sicurezza e della sanità» e «attengono al buon regime della cosa pubblica»<sup>37</sup>. Tali limitazioni, oltre che funzionali ad una serie di interessi pubblici meritevoli di tutela, devono rispondere a criteri di «ragionevolezza», declinata in termini di «giusto rapporto dell'atto allo scopo», «temporaneità», «tutela delle esigenze pubbliche»<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> La disposizione, cui si riferisce la sent. n. 244 del 1974 della Corte costituzionale, è precisamente l'art. 150 del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (r. d. 18 giugno 1931, n. 773).

<sup>35</sup> Corte cost., sent. n. 244 del 1974; è chiaro che il parametro legale quindi non può esaurirsi in una mera attribuzione di potere ma deve conformare tale potere in modo tale da rendere possibile la verifica del suo esercizio sulla base appunto della legge. Sembra una allusione, forse implicita, al principio di legalità in senso sostanziale.

<sup>36</sup> Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 264 del 1996.

<sup>37</sup> Corte cost., sent. n. 264 del 1996.

<sup>38</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 264 del 1996, che declina la ragionevolezza in fin dei conti in termini di «proporzionalità». Secondo la sentenza in esame, gli interventi limitativi dell'uso delle strade pubbliche, anche attraverso l'istituzione di pedaggi o tariffe d'uso, deve rivestire carattere di «eccezionalità» per potere passare indenne il vaglio di costituzionalità della legge: anche in tal caso, pur in via incidentale, la Corte ribadisce che tali limiti devono trovare fondamento nella legge, e solo nella legge. È da notare che un utilizzo del parametro della ragionevolezza per sindacare le leggi limitative della libertà di circolazione era stato a suo tempo evocato da G. AMATO, *Commento all'art. 16*, in *Commentario alla Costituzione Branca*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna, 1977, p. 119.

Si tratta di un'impostazione confermata *in toto*, in tempi più recenti, quando la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, come nel 1965, su norme del codice della strada che, a vario titolo, prevedono limitazioni od ostacoli di vario genere alla circolazione su strada<sup>39</sup>.

### **3. Il carattere "assoluto" della riserva di legge che presidia l'art. 16 Cost.**

Sulla base della giurisprudenza passata in rassegna, emerge che non moltissime sono le indicazioni che si ricavano dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla fisionomia della libertà di circolazione, anche sulla base del fatto che la Corte è stata invero di rado chiamata a pronunciarsi in materia, e tra l'altro per lo più con riferimento a misure di polizia, caratterizzate da finalità del tutto eterogenee rispetto a quelle sottese ai provvedimenti adottati nel caso della recente pandemia. In taluni casi, che hanno in particolare riguardato provvedimenti regionali, e quindi hanno dato luogo ad un sindacato basato anche sull'art. 120 Cost., la Corte ha avuto cura di rimarcare l'importanza della libertà di circolazione, tanto da sottoporre le limitazioni di essa ad opera di leggi regionali ad un rigoroso test di giudizio, calibrato sull'osservanza delle norme costituzionali, sul rigido rispetto delle competenze, sull'aderenza ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità delle misure di volta in volta adottate<sup>40</sup>.

Se la giurisprudenza costituzionale non è stata dunque prodiga di indicazioni, da una parte è necessario prenderne atto, e non cercare di trarre comunque da essa elementi che in realtà sono discutibili o opinabili, come pure si è fatto in dottrina, ma dall'altra parte è consigliabile integrare tale giurisprudenza "settoriale" con indicazioni di carattere più generale di cui sia predicabile una portata pervasiva, tale da comprendere anche la libertà in parola.

Sotto il primo profilo va evidenziato che mai la Corte si è soffermata *ex professo* sulla natura della riserva di legge. In diverse decisioni compare peraltro un riferimento alla legge, alla stregua dell'atto idoneo (l'unico idoneo verrebbe da dire) a introdurre le limitazioni alla libertà di circolazione nella cornice dell'art. 16 Cost.

Ma tale riserva, in difetto di una specifica e ulteriore argomentazione, quale si rinviene puntualmente quando la Corte etichetta una riserva di legge come relativa<sup>41</sup>,

<sup>39</sup> Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 66 del 2005, che rimarca il fatto che le «limitazioni al diritto di circolazione risultano comunque poste con lo strumento della legge»: come in altre occasioni indicato, nulla legittima a trarre indicazioni sulla natura relativa della riserva di legge»; anzi, il richiamo ad essa, privo di ulteriori precisazioni, fa propendere ancora una volta per la natura assoluta della riserva.

<sup>40</sup> In questo senso l'importante sent. n. 51 del 1991.

<sup>41</sup> E ciò sin dalle storiche sentenze nn. 4 e 30 del 1957.

ha da intendersi come assoluta<sup>42</sup>. Del resto, la riserva di legge per definizione è assoluta e solo eccezionalmente può essere declinata, sulla base di varie ragioni, anche di carattere testuale, come relativa. Di certo assolute sono le riserve che presidiano i diritti fondamentali della persona<sup>43</sup>. In difetto di univoche indicazioni da parte della giurisprudenza costituzionale difficilmente una riserva di legge può essere (o è stata) declinata come relativa. Nel caso che ci occupa, dalla giurisprudenza costituzionale non emergono indicazioni che possano far propendere per natura relativa della riserva. Ritenerne che dalla possibile, o anche necessaria, interposizione di provvedimenti amministrativi talora prevista al fine di dare concreta esecuzione alla legge, possa inferirsi la natura relativa della riserva è frutto di un salto logico, nella misura in cui tutte le libertà, fin anche quelle oggetto di una specifica riserva di giurisdizione, possono essere limitate, sulla base di coordinate necessariamente contenute nella legge, e nel rispetto della Costituzione, ad opera di atti dell'amministrazione, che trovano appunto fondamento, radice, e paradigma di legittimità, nella legge stessa.

Al riguardo giova osservare peraltro che anche con riguardo a libertà costituzionali corredate dalle garanzie più intense, non è escluso che limitazioni siano concretamente disposte dalla pubblica amministrazione, non sempre attraverso atti amministrativi, e in certi casi addirittura in difetto di una espressa previsione legislativa<sup>44</sup>. Alla luce del carattere dell'esecutorietà degli atti amministrativi, si è constatato che nell'esercizio dei poteri di coercizione l'amministrazione può limitare la libertà personale quando a ciò sia autorizzata dalla legge, il che già potrebbe sembrare in contrasto con la natura assoluta della riserva (oltre che con la riserva di giurisdizione), ma anche quando tale potere, pur non espressamente attribuito, sia da ritenere implicito nella previsione normativa, oppure *in re ipsa* rispetto al fine che l'amministrazione ha da perseguire<sup>45</sup>. Ciò si verifica, in modo particolarmente

<sup>42</sup> In questo senso, in una prospettiva più ampia, L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Cedam, Padova, 1958, pp. 79 ss.

<sup>43</sup> Per tutti, M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *I diritti dei cittadini*, in V. ONIDA, M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, 2014, pp. 116 ss. Analogamente la giurisprudenza costituzionale: particolarmente esplicita Corte cost., sent. n. 115 del 2011.

<sup>44</sup> Si tratta di una tematica sviluppata ancora molti anni or sono da una autorevole dottrina, di certo ancora attuale: il riferimento è a A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1964, pp. 819 ss., il quale esamina una ampia messe di casi in cui la legge conferisce a pubbliche amministrazioni il potere di agire coattivamente al fine di realizzare le finalità dalla legge di volta in volta indicati.

<sup>45</sup> Si rinvia ancora a A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., pp. 834 ss., per una elencazione molto nutrita (e ragionata) di casistica, relativa a leggi (alcune ancora in vigore, oppure recepite da provvedimenti legislativi più recenti) che contemplano un potere di esecuzione coattiva di obblighi di vario tipo: di dare, di fare, di sopportare... Accanto a queste situazioni, vi sono anche casi in cui il potere di coazione, che inevitabilmente interferisce con varie libertà costituzionali, non esclusa la libertà personale, deve ritenersi «in *re ipsa*» oppure «inerente alla natura e alla funzione stessa dell'istituto»: emblematico il caso dell'art. 261 del T.U. delle leggi sanitarie (approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, ancora in vigore) «il quale ammette

vistoso, nell'ipotesi in cui si delineino *obblighi di non fare*, rispetto ai quali un potere della pubblica amministrazione, con funzione impeditiva, può essere esercitato con il ricorso poteri coercitivi sulle cose ma anche sulle persone, pur limitando (anche se per lo più temporaneamente) la libertà personale di chi agisce in violazione dell'obbligo di non fare<sup>46</sup>.

Tutto ciò sta a dimostrare come la sussistenza di poteri dell'amministrazione che limitino diritti costituzionali anche presidiati da sicura riserva assoluta di legge sono correntemente riconosciuti nell'ordinamento, e non solo in caso di espressa previsione di legge. Quindi tali poteri, che anche nel caso della libertà di circolazione esistono, nulla dicono in realtà sulla natura della riserva: utilizzare quindi la giurisprudenza della Corte costituzionale che tali poteri riconosce, in particolare la sentenza n. 64 del 1968, per patrocinare la natura relativa della riserva, motivata appunto sulla sussistenza di poteri amministrativi che determinano limitazioni alla libertà di circolazione, non è un argomento convincente, come in dottrina si era già da tempo giustamente osservato<sup>47</sup>.

In secondo luogo, come anticipato, si possono ricavare *aliunde* elementi che depongono, in modo inequivoco, per la natura assoluta della riserva di legge. Vi sono infatti casi in cui la Corte fa riferimento ai diritti di libertà, unitariamente considerati e unitariamente ricondotti ad un regime giuridico sotto taluni, decisivi, profili, omogeneo. Così è avvenuto per gli articoli 13 ss. della Costituzione, dalla Corte considerati in modo assolutamente unitario nella prospettiva della loro sottoposizione ad altrettante riserve assolute di legge. Prendendo le mosse da una legge che intestava in capo ai Sindaci un inedito potere di ordinanza, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza, la Corte ha avuto modo di constatare che tali atti

---

implicitamente la possibilità che con particolari ordinanze dell'autorità sanitaria venga disposta, in caso di malattie infettive a carattere epidemico, la visita (eventualmente anche coattiva) delle case, in vista di misure occorrenti per evitare la diffusione delle malattie stesse»; si tratta di una possibilità, quella della coazione, che deve ritenersi sussistente «in tutti i casi, in cui leggi generali o speciali prevedano ispezioni ne visite a cose o persone per ragioni di sanità e igiene pubblica (p. es., artt. 29, 32-32, 242, 262 t.u. leggi san.)». In relazione all'art. 261, relativo al potere di ordinanza, l'Autore per vero ritiene che «della legittimità costituzionale di questo articolo è lecito dubitare, sotto il profilo qui in esame, data la genericità della formulazione, che sembra porlo in contrasto con il principio della riserva di legge enunciato nell'art. 32 Cost.».

<sup>46</sup> «Non deve quindi meravigliare se gli agenti di pubblica sicurezza, mentre non possono, senza un ordine o un mandato dell'autorità giudiziaria, mettere le mani addosso a chi si assume aver commesso un reato –salvo il caso che la flagranza continui-, ben possono, per contro, nell'esercizio della polizia preventiva, e in funzione impeditiva, mettere le mani addosso a chi, pur senza aver commesso o star commettendo un reato, sa colto nell'atto di intraprenderne la commissione»: così, ineccepibilmente, A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., p. 854. Quando si tratti di «misure *in corpus*», esse vanno naturalmente graduate, «dalle più modiche alle più gravi, in proporzione delle esigenze del caso», essendo in definitiva rese lecite in forza degli artt. 52 e 53 c.p. (p. 857): non si può non condividere anche il richiamo alla *proporzionalità*, a testimonianza del fatto che alcuni concetti giuridici hanno radici molto più profonde di quanto si sia portati a credere.

<sup>47</sup> Fermo restando che il punto sarà di qui a poco ripreso, si veda nel senso indicato nel testo, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992, p. 283.

avevano attitudine ad incidere su situazioni giuridiche soggettive, imponendo obblighi e prescrizioni di varia natura tutti rientranti nel novero delle *prestazioni personali* di cui ragiona l'art. 23 della Costituzione. La Corte ha al riguardo constatato che la riserva di legge prevista nella norma da ultimo citata «ha indubbiamente carattere relativo, nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle *riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione*»<sup>48</sup>. Alla luce del tenore letterale del passaggio appena citato, non pare nemmeno da prendere in una qualche considerazione l'ipotesi che la Corte abbia inteso escludere l'art. 16 dal novero delle riserve assolute. Quindi, secondo quanto si può desumere dalla giurisprudenza costituzionale, si tratta di una riserva di legge assoluta. Sulla base della pronuncia della Corte appena menzionata, occorre ad ogni buon conto osservare che, anche a prescindere, se fosse possibile, dalla natura della riserva, rimarrebbe comunque necessaria la predeterminazione, da parte della legge, «dei contenuti e modi di azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini», sposando in tal modo la Corte una nozione spiccatamente “sostanziale” del principio di legalità<sup>49</sup>.

Procedere ad una ricostruzione della dottrina sul punto appare a questo punto un fuor d'opera, non solo perché si tratta di una storia già molte volte raccontata, ma anche perché le indicazioni espresse dalla pronuncia da ultimo richiamata non sono eludibili. In alcuni recenti contributi le varie posizioni della dottrina risultano ben illustrate, e quindi ad esse si può rinviare<sup>50</sup>. Come si è osservato, le tesi che patrocinano la natura relativa della riserva sembrano muovere da alcune sentenze della Corte costituzionale, prima oggetto di analisi, da cui in verità elementi nel senso indicato non paiono per nulla desumibili. Senza indugiare su tali prospettazioni, ci si può limitare a citare una ricostruzione, difficilmente revocabile in dubbio in cui gli

<sup>48</sup>Così, risolutivamente, Corte costituzionale, sent. n. 115 del 2011. Si tratta di una sentenza importante sia in relazione alla declinazione del principio di legalità, sia in relazione all'istituto delle riserve di legge: cfr. in argomento G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovratutali*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 64 ss.

<sup>49</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 115 del 2011: «questa Corte 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», non essendo sufficiente «che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore», essendo al contrario «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». Al riguardo si tenga mente anche al riferimento, denso di significato, alla legalità, declinata in senso sostanziale, da parte di V. CRISAFULLI, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità dell'atto applicativo?* cit., 123

<sup>50</sup> Per una ricognizione sulle varie opinioni si rinvia, tra gli altri, a G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fascicolo Speciale/2020, 566 ss.; A. CANDIDO, *Necessitas non habet legem? Pandemia e limiti alla libertà di circolazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2020, pp. 376 ss.; A. MAZZOLA, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e libertà di circolazione ai tempi del nuovo-coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2020, pp. 1 ss.

artt. 16 e 120 vengono congiuntamente esaminati. Muovendo dalla considerazione in base alla quale «il Costituente ha individuato nel solo legislatore (statale) l'organo competente a stabilire in via generale, delle limitazioni, la competenza che residua al Governo e alla p.a. non potrà che essere di natura puramente esecutiva, sia sotto il profilo regolamentare che sotto quello provvedimentoale»<sup>51</sup>. La dottrina in parola supera convincentemente anche l'apparente difficoltà derivante dalla –difficilmente eludibile– possibilità di adottare provvedimenti specifici, nei confronti di determinati gruppi o categorie di persone, quando la tutela dei beni meglio indicati nell'art. 16 lo esige, e tutto ciò sulla base del diaframma che tiene distinti il disporre in generale da parte della legge e il provvedere sulla base di essa e/o in applicazione di essa<sup>52</sup>. Quindi non è «necessario sostenere l'esistenza, nell'art. 16 comma 1 Cost., di una riserva relativa di legge [...] per ritenere costituzionalmente legittima la previsione legislativa di un potere provvedimentoale d'ordinanza idoneo a fronteggiare situazioni generali di pericolo»; «l'esistenza di una riserva assoluta implica però che tale potere di ordinanza, là dove esplicitamente attribuito dalla legge alla p.a., non possa innovare l'ordinamento vigente»<sup>53</sup>.

Si è risolutivamente osservato, in riferimento alle misure adottate nella situazione attuale, e a prescindere pure da considerazioni sulla natura della riserva, che «qualunque limitazione di diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione o disciplina restrittiva della generale libertà dei comportamenti –anche sotto forma di istituzione o ampliamento di doveri– deve trarre il suo presupposto in una statuizione di rango legislativo –legge formale o atto con forza di legge»<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Così, in modo del tutto condivisibile, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 283. In relazione alla locuzione «in via generale», si precisa che «tale prescrizione dovrebbe [...] significare che alla p.a. compete il solo provvedere in esecuzione delle leggi e che perciò incombe sul legislatore l'obbligo di ben precisare il senso delle locuzioni «sanità» e «sicurezza pubblica» onde evitare, specie con riferimento a questo secondo limite, che alla p.a. sia attribuita una troppo ampia sfera di discrezionalità.

<sup>52</sup> Ancora A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 283, ma con un evidente utilizzo delle categorie utilizzate da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, pp. 26 ss.

<sup>53</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 285. Altra dottrina ha optato per la natura assoluta della riserva: basti qui citare G. FILIPPETTA, *La libertà personale e la libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 390 ss.; G. DEMURO, *Art. 16*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, vol. I, Utet, Torino, 2006, pp. 377 ss. Sulla necessità di un intervento con legge ordinaria, o quanto meno con «specifici decreti-legge», cfr. I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 18/03/2020, p. 3. Tra quelli che hanno affermato la natura relativa della riserva, tra i primi, M. MAZZIOTTI, *Circolazione soggiorno (libertà di)* in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, Vol. VII, 19670, pp. 17 ss.

<sup>54</sup> Così G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in [www.unicost.eu](http://www.unicost.eu). Sulla centralità del decreto-legge insistono in molti: tra gli altri S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 11/06/2020, pp. 532 ss.. Sul punto, in generale, già C. FRESA, *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Cedam, Padova, 1981, p. 36, secondo il quale non sono tuttavia in nessun caso ipotizzabili sospensioni di garanzie costituzionali.

#### 4. Libertà di circolazione ed emergenza Covid-19.

La libertà in parola è stata quella maggiormente colpita dalle misure adottate per fronteggiare la pandemia, e ciò è accaduto in Italia come molti altri Paesi del mondo. Come si è ricordato, tra le limitazioni che la Costituzione contempla, vi è quella che fa riferimento alla salute che, in certi casi, la libertà di circolazione potrebbe mettere a repentaglio, come nella tipica ipotesi di malattie epidemiche caratterizzate da più o meno accentuata contagiosità. Dal punto di vista delle fonti, bisogna muovere dal decreto-legge 22 febbraio n. 6 del 2020, che in realtà sembra avere un ambito limitato ai Comuni o aree «nei quali risulta positiva almeno una persona»<sup>55</sup>. In relazione a tali aree, che via via sono esponenzialmente aumentate, la norma appena citata prevede che le «autorità competenti» possano adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», tra le quali, per quanto in questa sede più interessa, il «divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area», il «divieto di accesso al comune o all'area interessata»<sup>56</sup>. Si tratta di prescrizioni che, sulla base del D.P.C.M. di pari data (23 febbraio), sono oggetto di specifica localizzazione, con riguardo ad una serie di comuni indicati in allegato<sup>57</sup>. In relazione ai comuni nell'atto meglio indicati le misure vengono in sostanza confermate dal successivo D.P.C.M. dd. 1/03/2020, il quale, con il diffondersi dell'epidemia, aggiunge altre aree, Comuni, Province e Regioni, in relazione a cui vengono disposte misure non per vero strettamente attinenti alla libertà di movimento.

Discorso del tutto diverso è da fare per il D.P.C.M. dd. 8/03/202, per quello, immediatamente successivo, dd. 9/03/2020, anche per i successivi atti. Le prescrizioni relative all'esercizio della libertà di circolazione denotano una indubbia discontinuità rispetto ai precedenti atti, fuoriuscendo certamente dai confini delimitati dal decreto-legge da cui gli atti in parola traggono la propria legittimazione. Nei decreti appena menzionati, con riguardo alla Regione Lombardia e a una serie di Province (situate in diverse Regioni) vengono adottate, in relazione al profilo che ci occupa, svariate misure, tra le quali spicca quella di «evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata o in uscita dai territori di cui al presente articolo nonché *all'interno dei medesimi territori*, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze

<sup>55</sup> Art. 1 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, che precisa ulteriori condizioni rispetto a quella indicata nel testo al ricorrere delle quali possono essere adottate le misure di cui al successivo comma 2.

<sup>56</sup> Art. 2, Decreto-legge n. 6 del 2020, il quale aggiunge, in via dichiaratamente esemplificativa, una serie di misure che possono essere adottate dalle «autorità competenti».

<sup>57</sup> Il riferimento è al D.P.C.M. 23 febbraio 2010.

lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute»<sup>58</sup>. Se il decreto-legge ragionava di accesso o allontanamento *dal* territorio comunale, non metteva certo in discussione la libertà di movimento *all'interno* del Comune, di modo che tale limitazione –introdotta dall'atto di natura secondaria- non è affatto coperta da una fonte di grado legislativo o comunque primario<sup>59</sup>. Ciò se si esclude la (troppo) vaga formula contenuta nell'art. 2 del citato decreto-legge, secondo cui «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». Si tratta di una indicazione non certo idonea a soddisfare la natura assoluta della riserva che presidia l'art. 16 Cost. ma nemmeno rispondente ai criteri somministrati dalla Corte costituzionale con riguardo al necessario contenuto della previsione legislativa che intesti poteri in capo all'amministrazione secondo il principio di legalità declinato in senso sostanziale<sup>60</sup>.

Escluso quindi che l'art. 2 del citato decreto-legge funga da “copertura” per provvedimenti (ulteriormente) limitativi di diritti, va pure soggiunto che è da dubitare che la stessa norma possa fornire base (costituzionalmente) idonea ad ampliare –con atto amministrativo- il novero delle situazioni che possono legittimare ulteriori misure. A fronte della condizione descritta nell'*incipit* dell'art. 1 del citato decreto, *id est* Comuni o aree «nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione...», il citato articolo consente all'*Autorità competente* di ampliare *ad libitum* il novero di tali situazioni. Ma è pacifico che la riserva di legge, assoluta o relativa che sia, non tollera una previsione che rimandi all'amministrazione, sia pure al suo più alto livello, l'individuazione di situazioni, ulteriori a quelle previste dalla legge, che legittimano limitazioni di diritti

<sup>58</sup> Così l'art. 1 del D.P.C.M. 8 marzo 2020 (relativo alla Regione Lombardia ad altre 14 province di Regioni del Nord Italia), che poi, nelle lettere immediatamente successive, introduce un regime particolare, e ancora più restrittivo della libertà di movimento, in relazione ai soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria o risultati positivi al virus (mio il corsivo nel testo). Il D.P.C.M. 9 marzo 2020 estende a tutto il territorio nazionale il divieto di «ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico».

<sup>59</sup> Il punto è perfettamente colto da G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, cit., 568 ss., il quale focalizza l'attenzione sulla violazione del principio di legalità in materia penale con riguardo alla violazione delle disposizioni non previste dal D.L. n. 6/2020, ma nondimeno assoggettate a sanzione penale.

<sup>60</sup> Come ha osservato M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 10/04/2020, 112, «se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di 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. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotto». Che il decreto-legge n. 6 fuoriesca dallo «schema costituzionale», è sostenuto tra gli altri da G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27/03/2020. Sulla violazione del principio di legalità sostanziale in relazione alla norma del citato decreto-legge, afflitta da «indeterminatezza e genericità», cfr. anche M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?* in *Bio Law Journal*, 16 marzo 2020, pp. 4 ss.

costituzionali diverse da quelle descritte nella fonte legislativa. Se un tale *modus procedendi* potrebbe risultare legittimo in un sistema a Costituzione flessibile, in un contesto connotato da una Costituzione rigida –pare superfluo rimarcarlo- si traduce in una situazione di evidente incostituzionalità<sup>61</sup>.

Ancora più plateale la violazione della riserva di legge, o comunque del principio di legalità declinato, come vuole la Corte costituzionale, in senso sostanziale, ad opera dell'ordinanza del Ministro della Salute dd. 20/03/2020, che prescrive non solo il divieto di accesso del pubblico «ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici», ma fa inoltre divieto di «svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto», rimanendo consentito «svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione»<sup>62</sup>. Anche il tale caso non si ragiona, come il decreto-legge n. 6 faceva, di accesso o allontanamento dal comune, ma di libertà di movimento in senso stretto, che viene limitata, con tutti i dubbi che la formula reca con sé, ad un'area posta in *prossimità* della propria abitazione. Il quadro è poi completato dal D.P.C.M. dd. 22/03/2020 che, in riferimento alla libertà di circolazione, decreta anche la cessazione della disposizione contenuta nel D.P.C.M. dell'otto marzo 2020 inibendo anche il rientro «presso il proprio domicilio, abitazione o residenza»<sup>63</sup>.

A fronte delle incertezze applicative, vista la pluralità di indicazioni, anche provenienti da soggetti istituzionali (autorità locali, organi giurisdizionali, forze di polizia...), relative alla portata interpretativa delle disposizioni richiamate, tentando di dirimere dubbi interpretativi che davano luogo a evidenti disparità di trattamento,

<sup>61</sup> Che l'assetto delle fonti, con riguardo al rispetto dei diritti costituzionali coinvolti, *in primis* la libertà di circolazione, manifesti criticità a prescindere anche dalla natura assoluta o relativa della riserva, è sostenuto, condivisibilmente, da 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. 19, il quale per vero dà per scontato che la riserva di cui all'art. 16 Cost. sia una riserva di carattere assoluto. Pacifica la natura assoluta della riserva di legge in parola anche secondo A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista Aic*, 2/2020, 11/06/2020, spec. P. 572, secondo cui «la riserva di legge assoluta che, a determinate condizioni, legittima la limitazione di diritti fondamentali, a partire dalla libertà di circolazione, si trasforma in una riserva di atto amministrativo (dpcm) con un evidente vulnus al principio di legalità sostanziale».

<sup>62</sup> Così l'Ordinanza del Ministro della Salute dd. 20/03/2020, in particolare art. 1, che precisamente dispone che «resta consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione»: si tratta di una prescrizione che, anche a prescindere dall'incertezza che reca con sé, introduce una pesante limitazione alla libertà di circolazione. Ad esso fa seguito il D.P.C.M. dd. 22/03/2020, che dispone la sospensione di una ampia serie di attività commerciali e dei servizi di ristorazione introducendo limiti e raccomandazioni in relazione alle attività consentite (art. 1).

<sup>63</sup> Così l'art. 1 del D.P.C.M. dd. 22/03/2020, secondo cui «è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi con mezzi di trasporto pubblici o privati dal comune in cui attualmente si trovano salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute». Le misure contenute nei vari D.P.C.M. che si sono nel testo menzionati avrebbero potuto, e dovuto, essere adottate con lo strumento del decreto-legge: sul punto, condivisibilmente, M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it. Osservatorio Emergenza Covid-19*, 143/03/2020, spec. pp. 8,9.

è poi sopravvenuta una *circolare* del Ministero dell'Interno la quale finisce per fornire, sotto certi profili, una lettura delle disposizioni contenute in precedenti D.P.C.M. che introduce ulteriori limitazioni al nucleo essenziale della libertà di circolazione<sup>64</sup>. Proprio per quanto attiene agli «spostamenti di persone fisiche», si precisa: «nel rammentare che resta non consentito svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto ed accedere ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici, si evidenzia che l'attività motoria generalmente consentita non va intesa come equivalente all'attività sportiva (*jogging*), tenuto anche conto che l'attuale disposizione di cui all'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 9 marzo scorso tiene distinte le due ipotesi, potendosi far ricomprendere nella prima, come già detto, il camminare in prossimità della propria abitazione»<sup>65</sup>. Si tratta di una *circolare* che: non menziona nemmeno il sopravvenuto decreto-legge n. 19 del 2020; si propone l'obiettivo fornire elementi di interpretazione ai precedenti Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri; ha tuttavia un contenuto platealmente innovativo; determina la lesione più stringente (e assolutamente inedita) della libertà di circolazione; non è nemmeno ascrivibile al Ministro ma al Gabinetto del Ministro<sup>66</sup>. Il quadro che ne deriva è di una penetrante compressione della libertà di circolazione di proporzioni tali che finisce – inevitabilmente – con l'interferire pure con la libertà personale<sup>67</sup>.

Nel frattempo, il sopravvenuto D.L. 25 marzo 2020, n. 19 tenta di mettere ordine: contemplando una vasta gamma di misure “adottabili” a seconda delle situazioni e definendo le modalità di raccordo tra autorità centrale e autorità periferiche. E'

<sup>64</sup> Sulle varie fonti interpretative che hanno, in ordine sparso, tentato di dirimere i dubbi derivati dallo stratificarsi di atti, si veda, per alcune significative esemplificazioni, G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, cit., p. 569.

<sup>65</sup> Il riferimento è alla Circolare del Ministro dell'Interno dd. 31/03/2020. La distinzione tra attività motoria e attività sportiva, oltre a non trovare alcun riscontro nei D.P.C.M., sfiora il ridicolo, e non pare di fatto abbia trovato riscontro in altri Paesi pure colpiti dalla epidemia. Nella circolare si precisa pure che non solo che «è da intendersi consentito, ad un solo genitore, camminare con i propri figli minori in quanto tale attività può essere ricondotta alle attività motorie all'aperto, purchè in prossimità della propria abitazione»: anche questa prescrizione è stata seguita da irriducibili incertezze applicative, ulteriori interpretazioni da parte di altre autorità, inevitabili disparità di trattamento, probabili epigoni in sede giudiziaria.

<sup>66</sup> Nel quadro descritto sembra molto opportuno il richiamo di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 125, al rapporto tra fonti primarie e secondarie: «le fonti emergenziali secondarie, se possono derogare alle norme primarie (comunque nel rispetto dei principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte), possono farlo solo nella misura e nella forma indicata dalla fonte primaria legittimante, la quale, proprio perché legittimante, non può essere a sua volta derogata». Al riguardo si osservi che, in una prospettiva più generale, si era giustamente osservato come «i poteri necessitati non possano, in generale, scalfire regole o principi di atti o norme superiori, nello Stufenbau o nel sistema, a quelli che ne autorizzano l'esercizio»: così V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, p. 172.

<sup>67</sup> «In definitiva norme generali di contenimento del contagio (che operano sul piano della libertà di circolazione) conducono a risultati non molto diversi, nella loro materialità, rispetto ad una misura come la detenzione domiciliare (che opera sul terreno della libertà personale)»: così, con considerazione del tutto condivisibile, A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire all'emergenza sanitaria*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2020, pp. 1, 2.

rimasto tuttavia inalterato il meccanismo disegnato dal precedente decreto legge, da leggere alla stregua di un atto conformativo di un *micro-sistema normativo*: si tratta, da una parte, di un *modus agendi* dimentico del fatto che i decreti legge per definizione possono/devono introdurre “provvedimenti” di necessità e urgenza, più che attribuire ad altre autorità il potere di emanare atti che incidano su diritti (e quindi in aree coperte da riserve di legge tendenzialmente assolute), e, dall'altra parte, di un assetto in cui il decreto legge finisce per istituire fonti ad esso pari ordinate e quindi concorrenziali, almeno nella sostanza, se non altro in quanto incidenti su materie riservate a fonti di rango legislativo<sup>68</sup>. Si tratta di una ricostruzione che non sembra azzardata se si pone mente al fatto che le incisive limitazioni della libertà di circolazione, a partire dalle assai laconiche previsioni del decreto legge n. 6/2020, sono state via via “articolate”, con disposizioni via via più restrittive, solo e unicamente attraverso D.P.C.M. e addirittura circolari amministrative.

Come si diceva, il decreto-legge n. 19 ha per lo meno previsto espressamente un'amplicissima gamma di limitazioni di molte libertà individuali, tra cui spicca ovviamente quella di circolazione. Sotto il profilo dell'assetto delle fonti, va rimarcato che lo schema rimane assolutamente analogo a quello di cui al precedente decreto-legge<sup>69</sup>. In disparte della completezza dei provvedimenti elencati, che costituisce già un progresso rispetto al laconico (e lacunoso) decreto n. 6, la concreta attuazione delle innumerevoli restrizioni di svariate posizioni giuridiche soggettive viene rilasciata, come in precedenza, all'adozione di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sistema ancora del tutto eccentrico rispetto al testo unico sulla Protezione civile di cui al D. Lgs. n. 1 del 2018, con un coinvolgimento delle Regioni e degli Enti locali disallineato rispetto alle prescrizioni dello stesso testo unico. Nonostante l'impronta “casistica” della normativa in oggetto, le modalità concrete di limitazione della libertà di circolazione, che è quella che qui interessa, sono state consegnate addirittura ad atti amministrativi ministeriali, o “sub-ministeriale”, a

---

<sup>68</sup> Si tratta di un «regola aurea», come è stata definita da A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta OnLine*, n. 2/2020, 02/05/2020, p. 256, sulla scorta del noto insegnamento di V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir.cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 940 ss., che, come noto, ragionava, in relazione alle fonti primarie, di un *sistema chiuso*. Si tratta del resto di una impostazione fatta inequivocabilmente propria dalla giurisprudenza costituzionale: ad esempio, sent. n. 79 del 1970.

<sup>69</sup> In dottrina si è non a caso qualificato il decreto-legge n. 6 alla stregua del decreto “più importante”, in quanto lo schema in esso adottato «non è stato alterato dai numerosi decreti legge che da allora si sono susseguiti»: così C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 1 ss. Che si tratti di un atto che denota un disallineamento rispetto a diversi parametri costituzionali è rimarcato, tra gli altri, da S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., p. 546.

tacere di svariate e inedite indicazioni interpretative da diverse pubbliche autorità (talora inopinatamente) dispensate.

Non solo: se all'atto di emanare il primo decreto-legge la situazione era del tutto localizzata, la propagazione dell'epidemia che di giorno in giorno si registrava ha indotto il Governo, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, a più riprese anche dal Presidente del Consiglio rivendicata, ad adottare un *plafond* di misure uniformi per tutto il territorio nazionale. Se questo *modus agendi* poteva essere giustificato dalla traslazione dei caratteri dell'emergenza da *localizzata* a *generalizzata*, sembra legittimo chiedersi perché il decreto legge 19 abbia (ancora una volta) rimesso a Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri provvedimenti che erano già in essere e lo sarebbero stati, *per tutto il territorio nazionale*, ancora per diverse settimane, soprattutto in una prospettiva di salvaguardia, come da varie fonti governative a più riprese rimarcato, del principio di precauzione<sup>70</sup>. Certamente un decreto-legge ha per natura attitudine a *provvedere* proprio a situazioni del genere, in cui l'intervento è da attuarsi da parte del vertice dell'esecutivo e con una fonte appunto di rango primario in quanto votata a restringere in modo rilevante diritti costituzionali. Su un fascio comune e uniforme di misure, puntualmente indicate e dettagliate in modo tale da non lasciare (troppi) margini di opacità all'atto della loro concreta esecuzione, avrebbero potuto trovare spazio altre fonti, le ordinanze di protezione civile di cui al D. Lgs. 1/2018, ma anche i D.P.C.M., se del caso confezionati secondo effettivi moduli collaborativi, quando localizzati nell'ambito dei territori di una o più Regioni<sup>71</sup>. Ma tutto ciò non si è fatto, e si è procrastinato il microsistema delle fonti inaugurato dal precedente decreto-legge salvaguardando le riserve di legge almeno formalmente (a differenza del precedente decreto-legge caratterizzato dalle lacune sopra descritte) ma non sostanzialmente, essendo rimesso in definitiva a un atto di natura secondaria,

---

<sup>70</sup> E tutto ciò ad onta del fatto che lo stesso principio di precauzione più volte evocato non è andato esente da critiche in ragione delle ambiguità e dei rischi che esso cela: tra gli altri, C. SUSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>71</sup> In questo quadro avrebbero potuto trovare adeguato spazio le autonomie locali, soprattutto le Regioni, che, a seguito dell'attivazione degli opportuni moduli collaborativi, avrebbero potuto graduare, a certe condizioni, quel *plafond* di misure comuni, chiare e uniformi per tutto il territorio nazionale, previste puntualmente da una fonte primaria. Sul ruolo del principio collaborativo tra centro e poteri locali, si vedano le opportune osservazioni di 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 ss., il quale peraltro constata, al netto delle polemiche sul punto registrate sia in sede politica che dottrinale, che anche l'apparente "chiusura" ai poteri delle Regioni effettuata dal decreto legge n. 19 non ha affatto inibito alle Regioni l'esercizio di non insignificanti poteri di gestione della situazione emergenziale in atto. Sul profilo dei raccordi tra Stato e Regioni, tra gli altri, M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Amministrazione in cammino*, 2020, pp. 1 ss.

per alcuni mero atto amministrativo e nemmeno atto fonte, la restrizione di diritti costituzionalmente assistiti da riserve assolute di legge<sup>72</sup>.

## 5. Caratteri e rischi dell'emergenza in atto.

Al di là del reticolo delle fonti dell'emergenza, ciò che è certo, su un piano sostanziale, è che è stata introdotta nel volgere di pochi giorni, nel corso del mese di marzo, una serie cospicua di limitazioni della libertà di circolazione che confina -letta *in unum* con gli atti di *esecuzione*, compresa la citata Circolare del Ministero dell'Interno- con una vera e propria *sospensione* di tale libertà<sup>73</sup>. L'art. 16 ragiona di *limitazioni* della libertà di circolazione, mentre sembra evidente che, almeno per un periodo nemmeno tanto breve, ne è stato intaccato il *nucleo essenziale*. Un'acuta voce dottrinale profeticamente osservava, in tempi ormai lontani, in riferimento ai limiti alla libertà di circolazione, che «un confine sicuramente invalicabile è rappresentato dalla necessità che [essi] non giungano ad essere tanto pervasivi da investire qualunque spostamento sul territorio nazionale e da cancellare così il *fisiologico rapporto tra la libertà e il suo limite*»<sup>74</sup>. Il richiamo al principio della *salus rei publicae* o a

<sup>72</sup> Declina i D.P.C.M. alla stregua di atti amministrativi generali, di natura non normativa, il T.A.R. Calabria, sentenza 9 maggio 2020, n. 841. Di atti di alta amministrazione si è anche ragionato in dottrina: sul punto, A. MITROTTI, *Salus rei publicae legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 3/2020, pp. 33 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti relativi alla ricostruzione prospettata. Altri ancora hanno ricondotto tali atti nel novero delle ordinanze emergenziali: così E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 18/03/2020, pp. 1 ss.

<sup>73</sup> Di una vera e propria sospensione quasi totale di libertà ragiona non a caso A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 14/03/2020, p. 3. In generale, distingue tra piano formale e sostanziale, quanto al rispetto del «paradigma costituzionale» nella gestione dello stato di emergenza, R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti Regionali*, 1/2020, pp. 507 ss. La distinzione tra piano formale o legale e quello sostanziale nel sottoporre ad analisi il fenomeno emergenziale in atto costituisce il presupposto del ricco e documentato contributo di S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, in *AmbienteDiritto*, 2/2020, spec. p. 28

<sup>74</sup> Così G. AMATO, *Commento all'art. 16*, cit., 119 (mio il corsivo). «Supererebbe quel confine –prosegue esemplificando l'Autore- ad es., l'istituzione di un passaporto interno da esibirsi all'ingresso di ogni città, anche se lo giustificassero motivi di sanità e sicurezza»; «il limite rispetterebbe, infatti, tanto la generalità, quanto i fini previsti dalla garanzia costituzionale; ma l'effetto sarebbe di rendere la circolazione un'attività interamente controllata e quindi [...] completamente limitata (anche se non vietata)» (mio il corsivo). È estremamente interessante osservare che nel nostro caso si è oltrepassata l'ipotesi, quasi *di scuola*, formulata dalla dottrina in parola, essendosi succedute –sulla scorta di vari D.P.C.M. e di ulteriori atti secondari- diverse previsioni relative a una serie interminabile di autocertificazioni, che mutavano di volta in volta nella loro struttura, le quali non erano richieste per uscire da un determinato territorio o per accedere ad un territorio diverso (comune o città che fosse) ma erano necessarie per poter lasciare il proprio domicilio, anche solo per assolvere le necessità più basilari ed elementari della vita quotidiana, il cui soddisfacimento finiva per dipendere anche da ulteriori provvedimenti sindacali spesso molto diversi Comune da Comune. Si tratta di provvedimenti che in certi casi sono stati avallati dalla giurisprudenza amministrativa: in questo senso si veda una discutibile pronuncia del

quello del *primum vivere* finiscono per provare troppo se è vero, come è vero, che la Corte costituzionale non ha mancato di rimarcare che anche il diritto alla salute, pur fondamentale, e pur nella presente emergenza sistematicamente evocato per giustificare la compressione di altri diritti, è stato ritenuto, a certe condizioni, recessivo rispetto ad altri diritti costituzionali<sup>75</sup>.

È certamente vero che siamo al cospetto di provvedimenti mediamente e generalmente rispettati, e quindi caratterizzati da una tendenziale *effettività*<sup>76</sup>. Precisato che le prescrizioni erano assistite da sanzioni, prima penali e di poi amministrative, per la loro inosservanza, e premesso che una acquiescenza generalizzata non è un dato così facilmente misurabile, ammesso che sia dirimente, tutto ciò non può esaurire (e ancora meno soddisfare) l'interesse del giurista, a cui spetta pure verificare se i fatti, anche emergenziali, siano stati governati in modo conforme al sistema in una prospettiva di analisi dell'accaduto così come in una proiezione futura e/o *de iure condendo*<sup>77</sup>. Per lo meno alcune notazioni al riguardo sembrano necessarie.

In primo luogo non può essere eluso un interrogativo sulla possibilità di attivare diversi e alternativi percorsi, non tanto per stigmatizzare quanto fatto, che, a fronte di una situazione del tutto imprevedibile ed inedita, in fin dei conti sembra aver sortito effetti certamente positivi, ma semmai per fornire elementi di riflessioni in relazione al governo di simili situazioni in un futuro, probabilmente anche prossimo. Si tratta di un interrogativo che appare più che legittimo, e la cui risposta riposa

---

T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, Decreto n. 122 dd. 7 aprile 2020, in cui, pur in via cautelare, è stata ritenuta non irragionevole un'ordinanza sindacale con cui si introducevano ulteriori limitazioni e restrizioni alla libertà di circolazione, addirittura limitando l'uscita di casa per approvvigionamento alimentare ad una sola volta al giorno per un'unica persona per nucleo familiare, incidendo sulla libertà in parola in modo più intenso di quanto facessero, in quel torno di tempo, i provvedimenti adottati a livello centrale.

<sup>75</sup> Il riferimento è ovviamente alla decisione della Corte costituzionale sul caso ILVA, in cui la Corte ha confermato l'assenza di una rigida gerarchia tra i diversi principi costituzionali, postergando nel caso il diritto alla salute alla realizzazione del diritto al lavoro: si tratta della nota sentenza n. 85 del 2013.

<sup>76</sup> Questa è la prospettiva, per vero finemente argomentata, assunta da E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà essere più come prima"?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 27 maggio 2020, iv ss., il quale rimprovera alla dottrina il fatto di non aver, in molti casi, debitamente contestualizzato la risposta del diritto ai fatti emergenziali, dovendo al contrario le risposte fornite dall'ordinamento essere «adeguatamente rapportate all'assoluta specificità» dell'«*accadimento*».

<sup>77</sup> Si tratta di un'ottica adottata da A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 560, secondo il quale «il perimetro di azione, anche in presenza di fatti emergenziali, può svolgersi nell'ambito del sistema delle fonti, nel rispetto del principio gerarchico, ovvero *secundum ordinem*»; si tratta in definitiva di un «perimetro ampio», «in grado di accogliere la complessità e la molteplicità di fatti emergenziali, e di porsi, tuttavia, quale fondamento giuridico puntuale (principio di legalità in senso sostanziale) e relativa fonte sulla produzione rispetto ad atti di natura secondaria». Dal punto di vista metodologico analoga l'impostazione di A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione di ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 1/2020, 04/04/2020, 523, secondo cui non bisogna, nell'approccio al fenomeno emergenziale, abbandonare le «coordinate generali della validità (e invalidità) se non si vuole rinunciare del tutto a un'analisi giuridica degli atti adottati in condizioni di emergenza».

evidentemente su un utilizzo del decreto-legge più rispondente alle caratteristiche sue proprie e a quella che è la ragion d'essere di esso, che si traduce pure in una (ri)scoperta del carattere *provvedimentale* di questa fonte del diritto<sup>78</sup>. L'emergenza in atto si sarebbe di certo prestata, soprattutto a seguito della decisione di introdurre una disciplina unitaria di essa (valida per tutto il territorio nazionale) ad una regolamentazione specifica, puntuale, motivata e immediatamente applicativa, senza la necessità di rimandare ad ulteriori atti subordinati l'esecuzione di essa<sup>79</sup>.

Non va inoltre trascurato che, come tutti i giuristi sanno, i precedenti hanno grande peso in diritto, quali che siano le caratteristiche del sistema giuridico di riferimento. Una lettura dell'emergenza come fenomeno che sbaraglia ogni fonte del diritto, deroga al sistema delle fonti, elude le riserve di legge, limita fino a vanificare i diritti costituzionali, è certamente densa di pericoli, soprattutto se la fisionomia delle situazioni emergenziali divenisse incerta o nebulosa<sup>80</sup>. L'emergenza attuale era indiscutibile, certificata, prima che da atti giuridici, dai *fatti*. Tuttavia, in un assetto ordinamentale –conseguente appunto alla situazione di emergenza– in cui la centralità delle fonti primarie venga erosa dal dilagare di fonti secondarie di varia tipologia e incerta sistemazione, si finisce in sostanza per affidare al giudice amministrativo il sindacato sulla ragionevolezza, proporzionalità, congruità di

<sup>78</sup> Si tratta di una nozione che è stata adottata da C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 844 ss. Se, secondo questa prospettazione, la natura provvedimentale del decreto ne costituirebbe condizione di legittimità, altri in dottrina hanno sostenuto che tale natura, pur non costituendo elemento legittimante, sarebbe certamente compatibile con il decreto-legge, potendo tale atto «legittimamente disporre per il caso singolo»: così L. PALADIN, *In tema di decreti-legge*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1958, p. 574. Nel caso che ci occupa, del resto, l'adozione di una serie di prescrizioni immediatamente esecutive avrebbe corrisposto alla qualificazione delle norme del decreto-legge in termini di *misure*, terminologia non a caso impiegata dall'art. 15, comma 3 della legge n. 400 del 1988.

<sup>79</sup> È assai significativo osservare che, in relazione al decreto-legge n. 6, il Presidente del Consiglio ha emanato – lo stesso giorno di adozione del decreto– un D.P.C.M. di esso attuativo. Quanto al decreto legge n. 19/2020, esso in realtà elenca una serie di misure in modo assai specifico, molte delle quali erano già state introdotte da altrettanti Decreti del Presidente del Consiglio, di modo che il decreto-legge ben avrebbe potuto (o dovuto) recepirle, per lo meno quelle già in vigore, in modo tale che tali misure fossero da ascrivere direttamente, e senza interposizioni, al decreto-legge stesso e non agli atti di natura secondaria di cui esso ha fornito “copertura”. Nel caso si potrebbe ben dire che i decreti-legge potrebbero/dovrebbero dare luogo a «provvedimenti in quanto costituiscono lo strumento attraverso il quali il governo provvede ad una situazione necessitata, dove la necessità può anche postulare l'introduzione di norme giuridiche, ma tale introduzione, proprio perché fatta in relazione all'esigenza di provvedere, costituisce, appunto, un provvedimento», Così F. SORRENTINO, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Diritto e Società*, 1974, p. 520. Che il decreto-legge sia lo strumento dalla Costituzione predisposto per la gestione delle situazioni di emergenza diverse dalla guerra appare fin troppo ovvio per essere rimarcato: in questo senso, per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 104.

<sup>80</sup> Su queste tematiche, l'ormai classico, forse in questo periodo un po' trascurato dalla dottrina giuridica, volume di V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit. Sul punto cfr. anche A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

misure adottate per far fronte all'emergenza<sup>81</sup>. Centrale deve rimanere la fonte primaria che, con i meccanismi del giudizio incidentale, in tempi relativamente rapidi può giungere ad essere sottoposta al giudizio della Corte costituzionale, organo di certo più attrezzato per compiere valutazioni che ruotano attorno alla ragionevolezza degli atti adottati<sup>82</sup>. Si tratta di una valutazione, questa, già ipotizzata da una risalente quanto acuta dottrina secondo la quale, con riguardo proprio al punto critico relativo agli «equilibri fra la libertà di movimento ed i suoi limiti», «il punto di massima tolleranza è inevitabilmente affidato a criteri di ragionevolezza, operanti soprattutto nei confronti della connessione ai motivi di sanità e sicurezza»<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> È vero che al momento sono state adottate quasi solo decisioni cautelari, ma è anche vero che tali pronunce quasi invariabilmente si limitano a constatare in modo assai laconico che la situazione di emergenza sanitaria induce a ritenere preminenti le esigenze di tutela della salute senza svolgere particolari argomentazioni sulla ragionevolezza o congruità delle misure apprestate: in questo senso, ad esempio, Cons. St., sez. III, Decreto n. 1553 dd. 30 marzo 2020; T.A.R. Sardegna, sez. I, Decreto n. 122 dd. 7 aprile 2020; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, Decreto n. 31 dd. 10 aprile 2020; T.A.R. Lazio, Sez. II-Ter, Ordinanza n. 4098 dd. 27 maggio 2020. Maggiore argomentazione si rinviene in T.A.R. Sardegna, Decreto d. 17 settembre 2020, n. 4344, che non a caso fa riferimento a principi di adeguatezza e proporzionalità. Anche in uno dei pochi casi decisi nel merito il Giudice amministrativo, pur dispiegando un apparato motivazionale adeguato, ha ritenuto, con decisione in effetti discutibile, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relative al decreto-legge n. 19 del 2020, sbarrando la strada ad un pronunciamento della Corte costituzionale sul punto: T.A.R. Calabria, sentenza 9 maggio 2020, n. 841.

<sup>82</sup> In questo senso A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, cit., p. 256, il quale manifesta una indubbia preferenza per un utilizzo dei decreti-legge, auspicandone un uso «conforme a ragionevolezza, quale congruità delle norme, a un tempo, al “fatto” ed ai valori costituzionali nel loro fare “sistema”». Sulla centralità del decreto legge, come fonte deputata alla gestione dell'emergenza, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit. Nella stessa ottica si vedano altresì le considerazioni di F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3/2020, p. 39, secondo il quale «l'emergenza coronavirus poteva essere l'occasione per adottare [...] proprio lo strumento normativo *ad hoc* che la Costituzione esattamente prevede “per i casi straordinari di necessità e urgenza” [...] e difficilmente qualcuno avrebbe avuto da ridire». Sulla centralità della fonte decreto-legge nella gestione dell'emergenza insiste a più riprese, e con argomentazioni assolutamente condivisibili, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 561, il quale giustamente rimarca come tale fonte sia dotata di «copertura costituzionale (riconoscimento-fondamento) in grado di esser bussola e fonte legittimante di atti adeguatamente necessari, rispettosi del criterio di proporzionalità, e nel caso anche restrittivi delle libertà fondamentali»; «l'emergenza sanitaria – ragiona al riguardo l'Autore – (direttamente riconducibile all'art. 32 Cost.) è un fenomeno che andava ricompreso nei casi straordinari di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost., lasciando al decreto legge, e non ai dpcm, il ruolo e la funzione della fonte dominante e protagonista del processo emergenziale» (p. 566). Sui controlli cui vanno soggette le leggi e in generale le fonti primarie, pone l'accento I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, cit., p. 3. Vi è del resto una certa convergenza della dottrina sul punto, anche da parte di chi assume prospettive diverse: ad esempio, P. Bonetti, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, pp. 689 ss.

<sup>83</sup> Così G. AMATO, *Commento all'art. 16*, cit., 119. Ad un sindacato di ragionevolezza in relazione al presente stato di emergenza si è fatto riferimento in dottrina: tra gli altri, A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus*, cit., pp. 532, 533, il quale richiama il principio in parola sia con riguardo alla prospettiva del ruolo delle autonomie locali nella gestione dell'emergenza sia con riguardo ai provvedimenti limitativi dei diritti costituzionali. Al criterio della ragionevolezza fa pure riferimento, tra gli altri, E. DE MARCO, *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensione di diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da Coronavirus*, in *Consulta On Line*, 2/2020, 06/07/2020, 3 pp. 377 ss., Si tratta, non a caso, di una prospettiva coltivata anche dal Giudice delle leggi in alcune delle non frequenti occasioni in cui è stato

Infine, poi la temporaneità. Anche chi ha posto l'accento sulla effettività della disciplina giuridica dell'emergenza nella situazione che ci occupa, ha messo in guardia sulla necessità che una dilatazione di essa sia ancorata a basi certe, scientificamente dimostrate, rese conoscibili attraverso meccanismi ineludibili di trasparenza, di modo che si realizzi quel «controllo pubblico sulle giustificazioni» che, solo, rende legittime misure restrittive protratte nel tempo<sup>84</sup>. Si tratta per vero di una trasparenza che nella vicenda che ci occupa ha conosciuto una sorta di eclissi nella misura in cui il Governo, almeno in un primo momento, si era addirittura opposto alla (da più parti) richiesta di conoscenza e ostensione degli atti del Comitato tecnico scientifico su cui molti dei provvedimenti adottati si basavano<sup>85</sup>.

Nel caso di fenomeni epidemici o pandemici, dove le valutazioni scientifiche sono imprescindibili, si è constatato che anch'esse non sono univoche, anzi molto spesso molto divergenti, e del pari si è appurato che non vi è nemmeno concordanza sull'individuazione degli strumenti da mettere in campo per contrastare tali fenomeni, sulla loro efficacia, e tanto meno sulle prospettive di evoluzione degli eventi che si mira a contrastare. Se tutto ciò è vero in relazione ad un fenomeno che è *scientificamente* esaminabile (e di fatto esaminato in tutte le sue sfaccettature, seppure con esiti per nulla univoci) *quid iuris* quando si trattasse di altra tipologia di emergenza (anche solo *percepita*) non certo misurabile con criteri scientifici? Tutto ciò senza trascurare che, anche chi non pretermette di considerare, nello studio del fenomeno, il piano dell'effettività, non trascura tuttavia giustamente dal mettere in guardia sul necessario argine della temporaneità, vero e proprio contraltare al

---

chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di misure limitative della libertà di circolazione: cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 264 del 1996, ove si allude al criterio della ragionevolezza intesa alla stregua di «razionale giustificazione»; la decisione è poi puntualmente ripresa dalla successiva sent. n. 66 del 2005; in precedenza, la più risalente sent. n. 68 del 1964 aveva fatto riferimento piuttosto al rispetto del principio di eguaglianza in senso più stretto.

<sup>84</sup> E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà essere più come prima"?*, cit., spec. pp. xiii ss., il quale, nella fase successiva a quella dominata dall'emergenza, ritiene indispensabile evitare che «le ragioni obiettive dei provvedimenti assunti, ancorati a quell'originario "accadimento esogeno", si trasformino in soggettive, arbitrarie e insindacabili valutazioni da parte di chi governa»; accanto quindi alla necessaria temporaneità, si profila la necessità di una conoscenza e verificabilità dei processi decisionali messi in atto. Alla *trasparenza* dei percorsi decisionali e motivazionali fa giustamente riferimento G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 24/03/2020.

<sup>85</sup> A fronte di una istanza di accesso ai verbali del Comitato tecnico scientifico nominato con Ordinanza del Capo della Protezione civile n. 630 del 2020, il Governo aveva negato l'accesso agli atti. Mentre il T.A.R. Lazio, sez. I quater, con sentenza n. 4120 del 13 luglio 2020 annullava il diniego di accesso, il Consiglio di Stato, con Decreto n. 4574 dd. 31 luglio 2020, disponeva la sospensione cautelare della decisione del Giudice di primo grado appena citata. Si tratta di una vicenda che è emblematica della propensione alla "trasparenza" e alla verificabilità dei percorsi decisionali: si tenga conto che molti D.P.C.M. erano basati (anche) sui verbali del Comitato tecnico scientifico oggetto della istanza di accesso.

proliferare di emergenze, vere o presunte che siano<sup>86</sup>. La limitazione temporale delle situazioni di emergenza è un fattore decisivo nell'ottica della tollerabilità della compressione dei diritti della persona: «l'emergenza –come ricordava la Corte in una risalente e storica sentenza-, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche *essenzialmente temporanea*», di modo che essa «legittima sì, misure insolite», ma «queste perdono legittimità, se ingiustamente protratte nel tempo»<sup>87</sup>.

Nella fase attuale è evidente che la temporaneità, pur decisiva in relazione ad ogni stato di emergenza, rischia di conoscere un certo offuscamento, a seguito della procrastinazione dello stato di emergenza che, non certo condiviso a livello politico, non pare essere stato canalizzato da un procedimento del tutto trasparente, verificabile, scientificamente fondato, e in cui la compressione di diritti fondamentali, quanto giustificata è difficile dire, rimane una opzione sempre (troppo) disponibile<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Si tratta di un profilo su cui insiste, a più riprese, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., pp. 130 ss., secondo cui tutti gli atti che tradizionalmente sono utilizzati per fare fronte a situazioni di emergenza debbono operare con una «durata determinata» e hanno da essere «relegati e confinati ai margini del sistema giuridico delle norme e degli atti». Sul punto cfr. anche A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, cit., *passim*.

<sup>87</sup> Così Corte costituzionale, sent. n. 15 del 1982 (mio il corsivo).

<sup>88</sup> Si veda la Delibera del Consiglio dei ministri dd. 29/07/2020 (*Proroga dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*). Del resto in dottrina si era paventato uno «stato di eccezione permanente»: così G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, cit.

## **LE FEDERAZIONI SPORTIVE. NATURA GIURIDICA E DISCIPLINE APPLICABILI.**

**ANTONIO SAPORITO\***

**ABSTRACT** [ITA]: Il saggio mira ad analizzare le Federazioni sportive nell'ordinamento giuridico italiano, alla luce di una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tra diritto pubblico e diritto privato.

**ABSTRACT** [ENG]: *The contribute aims to analyze sports federations in the Italian legal system, in the light of a recent ruling by the European Court of Justice on public and private law.*

**SOMMARIO:** **1.** Cenni storici, il fenomeno sportivo; – **2.** La natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali. Il problema di armonizzazione tra ordinamento sportivo e ordinamento nazionale; – **3.** La giurisprudenza nazionale ed europea. Analisi e spunti per la risoluzione del problema; – **4.** Conclusioni.

---

\* Dottore di ricerca con tesi in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi dell'Aquila.

## 1. Cenni storici, il fenomeno sportivo.

La natura giuridica delle federazioni sportive si annovera nella più ampia e generale categoria dell'organizzazione giuridica dello sport, la cui attività è tutelata dallo Stato quale interesse pubblico<sup>1</sup>. Esse sono considerate come organi ausiliari del Comitato olimpico nazionale italiano (d'ora in avanti "CONI"), definito come ente pubblico non economico, posto sotto il controllo della Presidenza del Consiglio dei ministri e a cui sono demandati i doveri di organizzazione e potenziamento dello sport a livello nazionale<sup>2</sup>. Il CONI nasce nel 1914 come parte del Comitato Olimpico Internazionale, come ente privato, con l'obiettivo di organizzare la partecipazione degli atleti italiani alle Olimpiadi. Nel 1926 il CONI è passato alle dipendenze del partito nazionale fascista per poi essere dichiarato come "Federazione delle Federazioni" nel 1927<sup>3</sup>, acquisendo poi personalità giuridica nel 1934. Nel 1932 fu approvato lo Statuto del CONI, che prevede un'importante novità: a differenza di quanto avveniva precedentemente per i finanziamenti, che venivano calcolati solo sulla base delle tasse applicate agli spettacoli sportivi, con lo Statuto del 1932 si riconosceva al Comitato Olimpico Nazionale Italiano un finanziamento fisso inteso come contributo statale. Una volta riconosciutagli personalità giuridica nel 1934, furono ampliati gli Uffici dirigenziali, che avevano il compito di potenziare il funzionamento del Comitato. In particolare, erano stati previsti uffici di stampa, alle dipendenze del PnF, uffici di controllo delle Federazioni, considerate pertanto come "sue organizzazioni"<sup>4</sup>.

Pertanto, il CONI e le sue Federazioni erano alle dipendenze dello Stato ed erano assoggettate unicamente alla disciplina pubblicistica.

<sup>1</sup> In tal senso, Corte Cost., 25 marzo 1976, n. 57, in *cortecostituzionale.it*.

<sup>2</sup> In dottrina cfr. M. COLUCCI, *Lo sport e il diritto. Profili istituzionali e regolamentazione giuridica*, Napoli, 2004; G. NAPOLITANO, voce *Sport*, in *Diz. Dir. Pubblico*, Vol. VI, Milano, 2006.

<sup>3</sup> *L'idea di un centro Archivi del Coni*, in *storiasport.com*.

<sup>4</sup> Art. 1, Statuto del CONI del 1939.

## 2. La natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali. *Il problema di armonizzazione tra ordinamento sportivo e ordinamento nazionale.*

Per inquadrare correttamente l'ordinamento sportivo nella sua attuale configurazione è necessario ripercorrere l'evoluzione storica del concetto di "ordinamento giuridico" in generale, riconoscere il corollario dell'esistenza di una "pluralità di ordinamenti giuridici" ed individuare i rapporti tra l'autonomia degli ordinamenti settoriali e la supremazia del potere statale.

Nell'evoluzione storica della teoria generale del diritto, il concetto di "ordinamento giuridico" viene individuato esclusivamente nel sistema di norme poste dallo Stato, secondo tale impostazione, l'ordinamento giuridico viene individuato come "sistema normativo", composto dal solo elemento della "normazione"<sup>5</sup>.

Successivamente, tale impostazione viene superata dalla c.d. dottrina istituzionalistica di Santi Romano<sup>6</sup>, secondo la quale l'elemento della "normazione" non risulta affatto sufficiente ad esprimere il concetto di ordinamento giuridico, in quanto esso risulta essere il prodotto della coscienza sociale, posto in essere dai rappresentanti del popolo; viene, pertanto, riconosciuto che gli elementi della "plurisoggettività" e della "organizzazione" preesistono e producono l'elemento della "normazione", con la conseguenza che il concetto di ordinamento giuridico si sovrappone (e coincide) con il concetto di società ("*ubi societas, ibi ius*")<sup>7</sup>. Secondo l'impostazione "istituzionalista", l'insufficienza della nozione di diritto come esclusivo insieme di norme si manifesta in tutta la propria evidenza allorché si ha riguardo all'intero ordinamento giuridico di uno Stato, ad esempio, quando si parla di diritto italiano o francese, abbracciandoli nella loro rispettiva totalità: l'ordinamento giuridico di un intero Stato, anche solo in base alla generale esperienza, va infatti ben oltre l'idea dello stesso come un insieme di regole. La definizione stessa di ordinamento giuridico, come evidenziato da Santi Romano,

<sup>5</sup> C.d. dottrina normativistica che ha il suo massimo esponente in Hans Kelsen.

<sup>6</sup> S.ROMANO, "*L'ordinamento giuridico*", 1918. Si disconosce il fatto che il diritto possa ridursi alla norma o all'insieme delle norme che costituiscono l'ordinamento, in quanto quest'ultimo, inteso come "Istituzione" o organizzazione, trascende e condiziona il suo aspetto meramente normativo: la "Istituzione" (ovvero l'ordinamento) è, per questa teoria, organizzazione, posizione della società ed il "momento istitutivo" precede e produce quello normativo.

<sup>7</sup> Così E.LUBRANO, *I rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento statale nella loro attuale configurazione*, in *studiolubrano.it*.

implica dunque, già di per sé, l'idea di qualche cosa di "più vivo e di più animato: è, in primo luogo, la complessa e varia organizzazione dello Stato, i numerosi meccanismi, i collegamenti di autorità o di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con le stesse<sup>8</sup>.

Corollario di tale impostazione risulta essere il riconoscimento dell'esistenza di una "pluralità degli ordinamenti giuridici". Quindi nell'ambito ed all'interno dell'ordinamento statale, vi sono tutta una serie di "sotto-sistemi", qualificabili come "ordinamenti settoriali", i quali perseguono ciascuno la realizzazione di interessi di un determinato settore<sup>9</sup>.

Secondo tale modello, in sostanza, accanto allo Stato, unica Istituzione che persegua interessi generali di tutta la collettività, vengono riconosciute tutta una serie di Istituzioni costituite (spesso in forma spontanea, in espressione dell'associazionismo privatistico) per il perseguimento di interessi collettivi di vari settori: tali "formazioni sociali" vengono riconosciute come "ordinamenti settoriali" (ordinamento militare, ordinamento delle varie professioni, ordinamento ecclesiastico, ordinamento universitario, ordinamento sportivo ecc.), i quali - nell'ambito del decentramento delle funzioni amministrative - svolgono la propria attività con una certa autonomia; tale autonomia si concreta nella facoltà di stabilire un'organizzazione propria (auto-organizzazione) e di porre in essere una normazione propria (auto-normazione). La grande intuizione di Giannini è quello di aver colto tutta la rilevanza "non soltanto del fenomeno sociale connesso allo sport - e non solo - e del gruppo sociale che fa capo appunto ad esso, ma soprattutto dei risvolti di natura economica legati al fenomeno stesso, tanto che la norma di riferimento del sistema è vista nell'art. 41 Cost."<sup>4</sup>, ovvero nell'articolo relativo all'iniziativa economica, alla sua libertà e al suo collegamento con l'utilità sociale e con la dignità umana. Giannini inquadra il fenomeno sportivo "nell'ambito degli ordinamenti giuridici sezionali al pari di altri - basti pensare per tutti all'ordinamento del credito - notando che in esso sono presenti i tre elementi

---

<sup>8</sup> *Ivi*

<sup>9</sup> M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV congresso internazionale di sociologia* (Roma, 30 agosto - 3 settembre 1950), IV, ora in *Scritti (1949-1954)*, vol. III, Milano, 2003, pp. 405-421. Il "riconoscimento del fenomeno sportivo, dal punto di vista giuridico, come ordinamento settoriale si deve a M. S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, *Riv. dir. sportivo* 1949, 1, 10; poi "ripresa" dallo stesso Autore a distanza di quasi cinquanta anni: *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 671.

caratteristici e caratterizzanti tali ordinamenti, cioè l'elemento della plurisoggettività, quello dell'organizzazione e della normazione"<sup>10</sup>.

Con la legge del 16 febbraio 1942, n. 426, il CONI era prefigurato quale ente a struttura associativa con personalità di diritto pubblico, costituito da Federazioni ed associazioni e società sportive affiliate. Questo dato ha reso inevitabile la pubblicizzazione<sup>11</sup> delle Federazioni sportive nazionali, alle quali sono affidati compiti amministrativi da svolgersi sotto il controllo del Comitato olimpico. Infatti, nonostante l'ordinamento sportivo vanta di un'autonomia rispetto all'ordinamento giuridico nazionale, ciò non esime il CONI dal rispetto delle norme nazionali. Già con la legge n. 426/1942 la Federazione nazionale ha acquisito pieni poteri amministrativi, procurando alle attività poste in essere dai soggetti dell'ordinamento sportivo piena rilevanza per l'ordinamento statale<sup>12</sup>. Tali poteri vengono individuati nell'organizzazione e nel potenziamento dello sport nazionale che si pone come obiettivo primario il perfezionamento atletico degli associati, che può essere delegato alle singole Federazioni. La legislazione più recente ha in via definitiva stabilito il carattere privatistico delle federazioni sportive nazionali, sostenendo che queste sono considerate persone giuridiche di diritto privato, assoggettandole così al diritto comune. Tuttavia, è necessario considerare in alcuni casi la possibilità che sussistano ancora connotazioni pubblicistiche tali da farle rientrare nella più ampia categoria degli organismi di diritto pubblico di derivazione comunitaria. Sul punto, non sempre risulta facile individuare i casi in cui tali le Federazioni sportive operano *iure privatorum* ovvero come associazioni affiliate al CONI.

Il d. lgs. del 23 luglio 1999, n. 242, nel definire l'assetto organizzativo dello sport italiano, è intervenuto altresì per riformare la normativa ed ha confermato la personalità giuridica di diritto pubblico del CONI.

L'ordinamento giuridico sportivo è strumentale rispetto all'ordinamento statale in quanto esercita in via indiretta le funzioni amministrative nel settore sportivo. Infatti, gli atti amministrativi e regolamentari fanno ricadere gli effetti anche nell'ambito dell'ordinamento statale. Per tale motivo, la potestà legislativa è attribuita

<sup>10</sup> P.A. CAPOTOSTI, AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazionale della SISDC, Napoli, 2009, pp. 697 s

<sup>11</sup> La natura pubblicistica delle Federazioni sportive è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza. *Ex multis*, Cass. civ., sez. un., 19 giugno 1968, n. 2028, in *cortedicassazione.it*. In dottrina v. da ultimo G. PEPE, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali*, in *Lavoicediritto.it*, 2 febbraio 2017.

<sup>12</sup> D. DE CAROLIS, *Il CONI e le Federazioni nel quadro normativo nazionale*, in *Lexitalia.it*.

all'ordinamento sportivo nei limiti dell'esercizio della funzione amministrativa, come riconosciuto dalla legge n. 42/1942. Pertanto, il potere attinente alla regolamentazione dei rapporti intersoggettivi privati, esercitato con atti aventi l'efficacia di legge, non rientra tra i poteri riconosciuti all'ordinamento sportivo nell'ambito dell'ordinamento dello stato, poiché sussiste una riserva di legge dell'ordinamento statale.

La normativa in tema di Federazioni nazionali è stata modificata con la legge 31 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), dando avvio ad un profondo percorso di revisione dell'ordinamento sportivo in Italia. *Prima facie*, l'art. 1, comma 629 prevede che la società Coni Servizi S.p.a. prenda la denominazione di "Sport e Salute S.p.a." e che alla stessa sia attribuito il compito di provvedere al sostegno degli organismi sportivi, finora assicurato dal CONI, stabilendo, tuttavia, che ciò avvenga sulla base degli indirizzi generali adottati dal CONI stesso. Inoltre, i commi 630 e ss. del medesimo articolo hanno introdotto significativi cambiamenti per ciò che concerne la sfera di attività demandata al CONI ed il finanziamento statale riservato all'Ente, il quale non dovrà più coprire la contribuzione alle federazioni ed agli altri enti finanziati, dovendo provvedere piuttosto direttamente la società Sport e Salute, la quale deve pertanto istituire un sistema separato ai fini contabili ed organizzativi, che provvede al riparto delle risorse, qualificate come contributi pubblici, anche sulla base degli indirizzi generali in materia sportiva adottati dal CONI in armonia con i principi dell'ordinamento sportivo internazionale.

Il processo di riforma dello sport italiano prosegue ulteriormente con la legge 8 agosto 2019, n. 86, recante «*Deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione*». Il Capo I della nuova normativa persegue l'esplicita finalità di completare la precedente riforma di cui alla legge 30 dicembre 2018, n. 145, art.1, andando a ridefinire gli ambiti dell'attività del CONI e delle federazioni sportive nazionali. Si conferma, infatti, che l'obiettivo primario del CONI è quello di «*incoraggiare e divulgare i principi e i valori dell'olimpismo*», in armonia con quanto disposto dalla Carta olimpica.

La legge n. 86/2019, inoltre, si occupa delle professioni sportive. In particolare, l'articolo 5 conferisce delega al Governo per il riordino e la riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché del rapporto di lavoro sportivo. Tra i principi e criteri direttivi della delega, vi sono il riconoscimento del carattere sociale e preventivo-sanitario dell'attività sportiva, inteso come strumento di miglioramento della qualità della vita e della salute, nonché mezzo di

educazione e sviluppo sociale ed il riconoscimento dei principi di specificità dello sport e del rapporto di lavoro sportivo e delle pari opportunità, con particolare riguardo alle persone affette da disabilità.

Per quel che concerne l'organizzazione territoriale del CONI, è previsto un modello basato su comitati regionali e delegati provinciali denominati *Coni Point*. Questi ultimi, sono presìdi operativi provinciali dell'Ente a disposizione delle istituzioni sportive, delle società e dei dirigenti volontari, nonché del pubblico, attraverso l'erogazione di servizi.

In armonia con i principi ed indirizzi fissati dagli organi centrali del CONI, le organizzazioni territoriali cooperano con i primi per la promozione e la cura dei rapporti con le strutture territoriali delle federazioni sportive nazionali, delle discipline sportive associate, degli enti di promozione sportiva, nonché dei rapporti con le amministrazioni pubbliche, statali e territoriali e con ogni altro organismo competente in materia sportiva<sup>13</sup>. Inoltre, propone forme di partecipazione dei rappresentanti degli enti territoriali alla programmazione sportiva e, nel rispetto delle competenze, cura l'organizzazione e il potenziamento dello sport. Infine, svolge compiti di supporto operativo, informativo e di sviluppo della pratica sportiva in tutti i suoi aspetti, attraverso azioni di sensibilizzazione, di promozione e collaborazione nei confronti delle società sportive.

Ulteriore elemento di discussione attiene al tema della giurisdizione per le controversie riguardanti le attività poste in essere dalle Federazioni sportive nazionali. L'ordinamento sportivo, nonostante abbia autonomia normativa e regolamentare, non preclude la possibilità ai soggetti che lamentano una lesione di diritto soggettivo ovvero interesse legittimo di adire il giudice nazionale. Posto che l'ordinamento sportivo particolare dipende da quello nazionale, l'accertamento dell'esistenza di una situazione di interesse legittimo o di diritto soggettivo di uno sportivo discende dalla normativa sia generale che particolare. Infatti, una rinuncia alla tutela giurisdizionale da parte dello Stato si porrebbe in contrasto con principi fondamentali di ordine pubblico, comprimendo inoltre i diritti fondamentali ed indisponibili di ogni cittadino, il quale non può rinunciare volontariamente alla tutela delle proprie posizioni giuridiche<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Corte dei Conti, determinazione 16 dicembre 2019, n. 138.

<sup>14</sup> D. DE CAROLIS, *Il CONI e le Federazioni nel quadro normativo nazionale*, cit.

Va aggiunto inoltre che il CONI detiene un preminente controllo su tali Federazioni sotto il profilo amministrativo, mentre sotto quello penale e contabile è previsto l'intervento degli Organi Giurisdizionali che limitano in tal modo l'autonomia organizzativa di tali associazioni. In tal modo si cerca di limitare il più possibile i casi in cui i due ordinamenti possono essere reciprocamente indifferenti anche quando si tratta di estrinsecazione dell'autonomia privata delle singole federazioni e dei propri affiliati.

Ciò è giustificato dal fatto che le federazioni sportive, aventi natura privatistica di associazioni non riconosciute, assumono la posizione di organi del Comitato olimpico nazionale italiano e partecipano della natura pubblicistico-autoritativa di quest'ultimo, nei casi in cui esse operano nell'esercizio di poteri di organizzazione e disciplina di attività sportive inerenti alle funzioni del CONI<sup>15</sup>.

In linea generale il nostro ordinamento, salvo i casi in cui non si verta su tema di settori vitali e di interessi generali, considera l'esercizio del diritto di esclusiva come legittima forma di sfruttamento di un bene (intellettuale o industriale) da parte del titolare. La titolarità del diritto implica la possibilità del titolare di esercitare una politica imprenditoriale più conveniente e più redditizia. Pertanto, si ritiene insindacabile la scelta tra le varie modalità di produzione o gestione diretta del bene economico, di cessioni plurime, di cessione *in toto* dell'esclusiva ovvero di rinuncia allo sfruttamento.

Da tali considerazioni emerge che nel nostro ordinamento il fenomeno sportivo si sta sempre più discostando dalle originarie finalità di perseguimento degli interessi pubblici, assumendo sempre più importanza nel campo nella economia nazionale<sup>16</sup>.

Sotto il profilo della tutela giurisdizionale, l'ordinamento sportivo ha istituito un sistema di giustizia interno, cui sono sottoposti tutti i soggetti all'interno dello stesso. Tale sistema si occupa della risoluzione le controversie che insorgono tra detti soggetti, ma anche dell'accertamento e dell'irrogazione di sanzioni delle condotte che sono poste in essere in violazione delle sue norme fondamentali di organizzazione e relazione.

Il sistema prevede un complesso di organi e procedure per il raggiungimento di tali finalità. Ciascuna Federazione sportiva emana regolamenti in materia di giustizia, che costituiscono, insieme al regolamento organico ed allo statuto, le c.d.

<sup>15</sup> G. PEPE, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali*, cit.

<sup>16</sup> A riguardo, v. D. DE CAROLIS, *Il CONI e le Federazioni nel quadro normativo nazionale*, cit.

carte federali, che hanno ad oggetto la regolamentazione di carattere sostanziale dei precetti cui tutti i soggetti in ambito federale devono conformarsi e le relative sanzioni nel caso in cui tali precetti vengano violati, emanati da veri e propri organi di giustizia federale. Più specificamente, le carte federali contengono una norma che prevede che le persone fisiche tesserate ed ai gruppi minori affiliati alla federazione possano adire gli organi di giustizia interni a ciascuna federazione ovvero ad un collegio arbitrale, costituito secondo criteri prestabiliti, per la tutela dei loro diritti ed interessi e per la risoluzione di tutte le controversie sorte tra loro o tra soci e organi federali che hanno ad oggetto lo svolgimento dell'attività sportiva. La difficoltà nel distinguere i momenti associativi-privatistici e pubblicistici, ha sempre caratterizzato la riflessione dei giuristi e dei giudici delle corti. Tuttavia, l'attribuzione di poteri da parte del legislatore e l'attribuzione dei compiti di interesse collettivo delle autorità sportive, porta a preferire qualificazioni tendenzialmente pubblicistiche. Tuttavia, l'ordinamento sportivo tende a disapplicare le norme di diritto comune, soprattutto per controversie che piuttosto hanno una consistente rilevanza all'interno dell'ordinamento statale. Si ritiene, invero, che la libertà normativa debba in ogni caso soggiacere al rispetto delle norme e dei principi posti a fondamento della Costituzione, poiché non ha alcuna rilevanza giuridica la rinuncia alla tutela giurisdizionale statale del singolo cittadino nei casi in cui oggetto della controversia siano i diritti inviolabili dell'uomo. La suddetta rinuncia, pertanto, opera nell'ambito tecnico-sportivo, nell'ambito consentito dall'ordinamento statale, in virtù della natura giuridica degli interessi coinvolti, mentre gli interessi legittimi, a causa dell'intrinseco collegamento con un interesse pubblico, ed in forza dei principi sanciti dall'art. 113 Cost., non sono suscettibili di rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale e, pertanto, devono quindi essere tutelati dinnanzi al giudice amministrativo. Secondo la giurisprudenza<sup>17</sup>, infatti, il giudice amministrativo è considerato in questo caso giudice insostituibile, poiché tali provvedimenti, benché emanati dalle federazioni sportive, hanno ad oggetto un interesse pubblico, come ad esempio nelle ipotesi relative all'affiliazione, al tesseramento, all'ammissione e partecipazione ai campionati. Ad avallare tale tesi, risulta interessante quanto affermato dal Consiglio di Stato, secondo il quale *«per chi (singolo o associazione) voglia praticare un tipo di sport con determinati effetti (es. possibilità di partecipare a competizioni ufficiali, etc.) l'adesione*

<sup>17</sup> *Ex multis*, Cons. St., sez. VI, 30 settembre 1995, n. 1050, il quale afferma il generale principio di sindacabilità dei provvedimenti sportivi, per l'oggettiva rilevanza economica e giuridica di questi ultimi.

*alla relativa federazione sportiva riconosciuta appare necessaria; queste osservazioni sembrano già sufficienti a far ritenere che le federazioni non siano mere associazioni di diritto privato»<sup>18</sup>. Pertanto, appurato il carattere amministrativo di tutta l'attività endoassociativa e intrafederale che viene svolta all'interno dell'ordinamento sportivo, la Camera di Conciliazione e Arbitrato del CONI è stata posta al vertice della giustizia sportiva, mentre i suoi lodi sono stati qualificati provvedimenti amministrativi ricorribili al giudice amministrativo<sup>19</sup>.*

Nel 2003, a seguito di numerosi ricorsi ai T.A.R. territoriali<sup>20</sup>, è sorta l'esigenza da parte del Legislatore nazionale, di regolare i rapporti tra l'ordinamento sportivo, a carattere settoriale, e l'ordinamento nazionale. L'inquadramento effettivo nell'ordinamento giuridico generale ha avuto realizzazione con la legge 17 ottobre 2003, n. 280, di conversione del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220. L'obiettivo del legislatore è stato quello di stabilire un ordine ai rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva, attraverso la delimitazione degli ambiti di operatività fino a tale momento tracciati dalla giurisprudenza, creando una mediazione tra i principi fondamentali dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e della rilevanza per l'ordinamento generale di alcune situazioni alle quali si deve riconoscere una tutela giurisdizionale piena, in virtù dei principi dell'ordinamento statale<sup>21</sup>. In particolare, il decreto-legge n. 220/2003 ha previsto agli artt. 2 e 3 delle limitazioni dell'uno o dell'altro ordinamento. Infatti, secondo quanto disposto dall'art. 2, comma 1 del decreto legge in commento, all'ordinamento sportivo è riservata la disciplina delle questioni concernenti corretto svolgimento delle attività sportive ed agonistiche; i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive; l'ammissione e l'affiliazione alle federazioni di società di associazioni sportive e di singoli tesserati; l'organizzazione e lo svolgimento delle attività agonistiche non programmate ed a programma illimitato e

---

<sup>18</sup> Cons. St., sez. II, parere 6 luglio 1983, n. 326, in *Riv. dir. Sport*, 1984, 505 ss.

<sup>19</sup> Cons. St., Sez. VI, sent. 9 luglio 2004, n. 5025.

<sup>20</sup> L'esigenza è sorta a seguito del contenzioso sorto tra la F.I.G.C. e alcune società di calcio che rivendicavano, con azioni proposte innanzi ai rispettivi T.A.R. territoriali, il titolo a partecipare al Campionato 2003-2004 di Serie B. La F.I.G.C. aveva già varato il calendario ordinario del campionato con la partecipazione di 20 squadre. Alcune delle società ricorrenti, come il Catania e la Salernitana avevano ottenuto provvedimenti cautelari di ammissione a tale campionato, mentre altre attendevano ancora le udienze che si sarebbero tenute nei giorni prossimi all'inizio del campionato. In questo modo, il calcio italiano correva il rischio di far partire il campionato di Serie B con 21 squadre e di dovere poi ampliare tale organico a 22, 23 o 24 squadre.

<sup>21</sup> In dottrina A. M. GAMBINO, *Giustizia sportiva e crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2016.

l'ammissione alle stesse delle squadre ed atleti. Pertanto, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo di cui all'art. 2 d. l. n. 220/2003 è affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In questo modo, tuttavia, si era creato un forte sbilanciamento a favore della giustizia sportiva a carattere settoriale, prevedendo l'intervento del giudice amministrativo in via residuale. In particolare, erano affidati agli organi di giustizia sportiva questioni attinenti l'ammissione e l'affiliazione alle federazioni di società e tesserati, l'organizzazione e lo svolgimento delle attività agonistiche e l'ammissione delle squadre e atleti a tali attività. Tutte controversie aventi ad oggetto una rilevanza giuridica per l'ordinamento statale e concernenti un interesse pubblico. Per tale motivo, in sede di conversione, il legislatore è intervenuto, sopprimendo delle lettere c) e d) dell'art. 2 del d.l. n. 220/2003.

Una volta affermato che i lodi della Camera di Conciliazione e Arbitrato del CONI sono considerati atti amministrativi impugnabili dinnanzi al giudice amministrativo, la giurisprudenza<sup>22</sup> ha ritenuto che il previo intervento dell'organo di giustizia del CONI fosse necessario per la tutela giurisdizionale amministrativa, creando una forma di pregiudiziale tra i lodi della Camera di Conciliazione e Arbitrato e l'intervento del giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato<sup>23</sup>, infatti, ritiene che la decisione del massimo organo di giustizia sportiva non costituisce un vero e proprio lodo arbitrale, ma rappresenta una decisione di ultimo grado, avente carattere sostanziale di provvedimento amministrativo, costituendo così atto sindacabile dal giudice amministrativo. La *ratio* dell'affermazione compiuta dal Supremo Consesso risiede nella tesi secondo cui le decisioni della Camera di Conciliazione e Arbitrato hanno ad oggetto situazioni di interesse legittimo, che meritano una tutela giurisdizionale statale. Pertanto, il sistema di giustizia sportiva assume un rilievo analogo a quello delle Autorità Amministrative Indipendenti<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Cons. St., sez. VI, n. 5025/2004.

<sup>23</sup> V. sent. *ult. cit.* Cfr. Cons. St., ord. 9 agosto 2005, nn. 3853, 3856, 3857, 3860 e 3865; sez. VI, 25 gennaio 2007, n. 268.

<sup>24</sup> Al riguardo, v. E. LUBRANO, *L'ordinamento sportivo come sostanziale autorità amministrativa indipendente dopo la legge n. 280/2003 e la sentenza n. 5025/2004 del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 7/2004, secondo il quale l'attività dell'ordinamento sportivo complessivamente inteso è assimilata a quella svolta da un'Autorità Amministrativa Indipendente per lo sport, la quale, benché si svolga autonomamente, risulta sottoposta al controllo del giudice amministrativo nei casi in cui ciò un soggetto destinatario del provvedimento finale dell'Autorità sportiva lamenti una lesione del proprio interesse legittimo.

Dalle considerazioni emerse, risulta chiaro che gli ordinamenti giuridici sportivi non dispongono di una vera e propria tutela giurisdizionale, posto che i giudici statali conservano i poteri e le prerogative ad essi riservate. Ciò evidenzia la profonda carenza di norme statali sull'ordinamento sportivo e, pertanto, sulle giurisdizioni sportive. Infatti, come si è appena visto, le pronunce degli organi di giustizia sportivi non sono riconosciuti come atti giurisdizionali, ma come atti amministrativi assoggettati alla sindacabilità del giudice nazionale. Tuttavia, tale dato comporta, come avviene molto spesso nella prassi, che il giudice statale non abbia gli strumenti idonei per decidere su una questione vertente l'ordinamento sportivo.

### **3.La giurisprudenza nazionale ed europea. Analisi e spunti per la risoluzione del problema.**

La giurisprudenza ritiene che le Federazioni sportive, pur agendo in qualità di soggetti di diritto privato, in presenza di talune circostanze devono essere considerati come organi del CONI, partecipando pertanto alla natura pubblica di tale ente<sup>25</sup>.

Per poter stabilire in quali casi le Federazioni agiscono come soggetti di diritto privato è necessario analizzare la natura dell'attività da esse svolta. Infatti, nel caso in cui agiscano al fine di regolare l'attività interna della federazione e dei rapporti tra società sportive e tra le società stesse e gli sportivi professionisti, le Federazioni operano come associazioni di diritto privato, mentre nell'ipotesi l'attività svolta è finalizzata alla realizzazione di interessi fondamentali ed istituzionali dell'attività sportiva, devono essere considerate organi del CONI. Infatti, l'agire pubblico di quest'ultimo non esclude la natura privatistica delle federazioni ad esso affiliate<sup>26</sup>. Solo gli atti adottati dalle federazioni in qualità di organi del CONI sono esplicitazione di poteri pubblici, partecipano della natura pubblicistica e sono soggetti alla giurisdizione del tribunale amministrativo allorché incidano su posizioni di interesse legittimo.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di sostenere che «*l'attività posta in essere da una federazione sportiva volta alla individuazione e scelta del contraente per un*

<sup>25</sup> Cfr. Cass. Sez. Un., n. 2725/79; Cons. St., VI, n. 1050/95.

<sup>26</sup> Cass. civ., Sez. Un., 9 maggio 1986, n. 3092, in *Foro it.*, 1986, 1257.

*contratto avente ad oggetto l'assicurazione, a favore di tutti i tesserati, per la responsabilità civile e gli infortuni personali derivanti dallo svolgimento di un'attività sportiva, non costituisce una fase della c.d. vita interna della Federazione stessa, ma rappresenta il momento in cui questa, quale organo del C.O.N.I., provvede alla tutela dei suoi iscritti per i rischi ai quali questi sono esposti nell'esercizio dell'attività sportiva. .... In quanto finalizzata alla realizzazione di interessi fondamentali ed istituzionali dell'attività sportiva, la Federazione agisce, dunque, quale organo del C.O.N.I., ponendo in essere atti amministrativi (e non meramente privatistici), con la conseguenza che la giurisdizione sull'eventuale controversia nascente da tale situazione deve essere riconosciuta al Giudice Amministrativo»<sup>27</sup>.*

Recentemente, il giudice amministrativo si è occupato anche dell'attività contrattuale posta in essere dalle federazioni sportive nel perseguimento dei fini istituzionali di diffusione dello sport, oltre che dalle associazioni sportive che esercitano attività editoriale dell'immagine di sportivi professionisti.

Nonostante la natura privatistica delle Federazioni, le attività poste in essere dalle stesse, coincidenti con quelle istituzionali di diffusione dello sport proprie del CONI, sono assoggettate alla relativa disciplina di quest'ultimo. Da ciò ne deriva che le controversie inerenti a tali attività rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, come nel caso in cui sia instaurata una controversia da parte di un soggetto che non è stato posto in grado di partecipare alla procedura di aggiudicazione di un contratto a trattativa privata indetta da una Federazione sportiva. Poiché si tratta di un'attività di diritto pubblico, è applicabile la normativa prevista per gli enti pubblici che indicano un bando di gara. Invece, nel caso di attività di vigilanza sul mondo economico e della tutela avverso intese restrittive ed eventuali abusi di posizione dominante, il Consiglio di Stato<sup>28</sup> ha affermato la illegittimità del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza che ha qualificato come accordi restrittivi della concorrenza due contratti stipulati nel 1992 e nel 1995 tra l'Associazione Italiana Calciatori (AIC) e la Panini S.p.A., aventi ad oggetto la cessione, da parte dell'AIC alla Panini, del diritto di riprodurre le immagini dei calciatori professionisti in tenuta da gioco al fine di fabbricare e

---

<sup>27</sup> TAR Lazio 13 aprile 2018, n. 4100, con nota di A. MITROTTI, *La FIGC come organismo di diritto pubblico*, (Nota a sentenza T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 13 aprile 2018, n. 4100), in *AmbienteDiritto.it*, 25 aprile 2018. Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 01007 del 2019 ha confermato le tesi del TAR Lazio, rimettendo alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione.

<sup>28</sup> Cons. St., sez. VI, 17 febbraio 1999 n. 172.

commercializzare album di figurine e relative figurine autoadesive oltre ad altri prodotti appartenenti al collezionabile editoriale<sup>29</sup>.

Recentemente, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>30</sup> ha affrontato una questione di particolare rilievo riguardante l'assoggettamento al controllo pubblico delle Federazioni sportive nazionali. In particolare, ai giudici europei è stato demandato il compito di stabilire se il concetto di «*intervento pubblico in forma di regolamentazione generale applicabile a tutte le unità che svolgono la stessa attività*», di cui al par. 20.15 del Regolamento 549/2013/UE debba ritenersi comprensivo dei poteri di indirizzo di natura sportiva (c.d. *soft law*) e dei poteri di riconoscimento ai fini dell'acquisto della personalità giuridica e dell'operatività nel settore dello sport; se la capacità di determinare la politica generale o il programma di una unità istituzionale, di cui al par. 20.15 del Regolamento 549/2013/UE, debba essere inteso in senso sostanziale quale capacità di dirigere, condizionare, vincolare e condizionare l'attività gestionale dell'ente non lucrativo; infine, se, in virtù del combinato disposto dei par. 20.15, 4.125, 4.124 del Reg. n. 519/2013/UE possa tenersi conto delle quote associative ai fini del giudizio sull'esistenza o meno del controllo pubblico. Per quanto riguarda la nozione di intervento pubblico inteso come forma di regolamentazione generale, la Corte di Giustizia ritiene che essa comprende ogni forma di intervento di un'unità del settore pubblico, che stabilisce o applica una regolamentazione volta ad assoggettare indistintamente e uniformemente il complesso delle unità del settore di attività interessato a norme globali, ampie e astratte o ad orientamenti generali, senza che una siffatta regolamentazione possa, per la sua natura o per il suo carattere segnatamente «*eccessivo*». È da rilevarsi che le Federazioni sportive parti della controversia (FIG e FISE) sono associazioni sportive senza scopo di lucro, alle quali viene applicata la disciplina per le associazioni prevista dal codice civile. L'ISTAT, invece, aveva inserito tali associazioni senza scopo di lucro nell'elenco 2016 tenendo in considerazione del dato secondo cui esse erano assoggettate al controllo di un'amministrazione pubblica. Inoltre, l'Istituto nazionale di statistica riteneva che

<sup>29</sup> Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'AIC, associazione di categoria dei calciatori interessati alla Federazione Italiana Calcistica (F.I.G.C.), nonostante la forma associativa e le finalità statutarie collegate alla tutela degli interessi morali, professionali ed economici degli iscritti, opera in *subiecta* materia come impresa.

<sup>30</sup> Corte Giust. UE, 11 settembre 2019, n. 705, C-612-613/2017. Si tratta di un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione del regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea (GU 2013, L 174). Le due cause riunite hanno ad oggetto due controversie. La prima (C-612/2017) tra la Federazione italiana golf (FIG) contro l'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) ed il Ministero dell'Economie e delle Finanze (MEF); la seconda (C-613/2017) tra Federazione Italiana Sport Equestri (FISE) ed ISTAT.

fossero assoggettate a tale controllo in quanto, nonostante la loro autonomia decisionale, esse non possedevano piena capacità di autodeterminazione. Tale considerazione emergeva da alcuni dati. Innanzitutto, per il potere del CONI di riconoscere le federazioni ai fini sportivi, di approvarne gli statuti, di controllare le attività di queste in merito agli aspetti di rilevanza pubblica ed il potere di commissariamento nel caso fossero riscontrati gravi irregolarità all'interno delle federazioni stesse. In secondo luogo, riteneva che le quote associative degli associati di dette Federazioni erano considerate come aiuto pubblico parafiscale e che le stesse beneficiavano dei finanziamenti da parte del Comitato olimpico nazionale italiano. La FIG e FISE, invece, ritenevano che l'ISTAT avesse erroneamente applicato le disposizioni del regolamento europeo in oggetto in quanto ritenevano di non essere assoggettate al controllo pubblico del CONI. In realtà, la Corte di Giustizia non ha risolto in definitiva il contenzioso nazionale, ritenendo piuttosto che la questione dovesse essere affidata al merito del giudice nazionale. Tuttavia, i giudici europei si pronunciano negativamente sulle prime due questioni, sostenendo l'assenza del controllo di natura ordinamentale e gestionale del CONI sulle Federazioni. Sul terzo quesito, invece, sembra avere una maggiore apertura circa la possibilità di ritenere che, a seguito del conferimento degli associati, assimilabile ai contributi pubblici, possa ritenersi sussistente il controllo pubblico. Più specificamente, la questione si concentra sull'interpretazione di tale nozione con riferimento al potere del CONI di riconoscere federazioni nazionali a fini sportivi e di adottare, nei loro confronti, indirizzi relativi all'esercizio dell'attività sportiva dalle stesse disciplinata. Il dubbio interpretativo nasce in considerazione dell'affermazione secondo cui che ai sensi dell'allegato A, punto 20.15, secondo periodo, del regolamento n. 549/2013, «*l'intervento pubblico in forma di regolamentazione generale applicabile a tutte le unità che svolgono la stessa attività non è rilevante per decidere se una singola unità sia controllata dall'amministrazione pubblica*». Nella sentenza la Corte di Giustizia chiarisce che la nozione di intervento pubblico sotto forma di regolamentazione generale applicabile a tutte le unità che svolgono le medesime attività si interpreta nel senso che essa comprende qualsiasi intervento di un organo pubblico, che emana disposizioni volte ad assoggettare indistintamente e globalmente tutte le unità del settore di una determinata attività. La Corte osserva che non può definirsi «controllo» qualsiasi intervento di un'unità del settore pubblico che abbia lo scopo di adottare indistintamente disposizioni astratte, destinate a tutte le unità del settore che

compiono le medesime attività; piuttosto, esso è considerato tale quando l'organo pubblico ha un'influenza su tali unità, tale da indirizzarle nella realizzazione delle loro attività. Tuttavia, nonostante quanto affermato, la Corte di Giustizia lascia la questione al merito del giudice nazionale. Secondo il Giudice comunitario, il fatto che le federazioni sportive nazionali detengano il monopolio nella disciplina sportiva di cui si occupano, nel senso che la pratica sportiva nella sua dimensione pubblica non risulta rilevante ai fini di quanto definito dal punto 20.15 del regolamento oggetto di interpretazione. Infatti, tale monopolio è considerato solo una conseguenza che deriva dall'esercizio di detto potere, dal momento che alle associazioni viene affidato l'onere di disciplinare un determinato sport. Pertanto, spetterebbe ai giudici nazionali sincerarsi se si tratti di monopolio vero e proprio ovvero di un monopolio di fatto nel quale il CONI può interferire con l'adozione di indirizzi relativi all'esercizio dell'attività sportiva.

Quanto alla seconda questione, relativa all'interpretazione della nozione di controllo pubblico come «capacità di determinare la politica generale o il programma» di un'istituzione senza scopo di lucro, ai sensi dell'allegato A, punto 20.15, primo periodo, del regolamento n. 549/2013, la Corte di Giustizia ritiene che tale nozione non dev'essere intesa in senso restrittivo ma piuttosto nel senso generale di «capacità», «possibilità» o «facoltà». Nello specifico, la capacità di un'amministrazione pubblica viene intesa come la capacità svolgere, attraverso gli indicatori di controllo previsti dall'all. A, punto 2.39, lettere da a) ad e), e punto 20.15, lettere da a) ad e), nonché attraverso gli indicatori di controllo corrispondenti applicabili alle istituzioni senza scopo di lucro, di cui all'allegato A, punto 20.309, un'influenza rilevante sulla definizione e sulla realizzazione degli obiettivi dell'istituzione senza scopo di lucro, delle sue attività e dei loro aspetti operativi, nonché degli indirizzi strategici e degli orientamenti perseguiti da tali istituzioni<sup>31</sup>. Precisa, inoltre, che in Italia lo Statuto del CONI prevede all'art. 20, comma 4, un'«autonomia tecnica, organizzativa e di gestione sotto la vigilanza del CONI», rispecchiata anche dalla disposizione degli statuti delle singole federazioni. Anche sulla seconda questione, pertanto, spetterà al giudice nazionale dichiarare se sussiste in capo al CONI una «capacità di determinare la politica generale o il programma» di tali federazioni.

<sup>31</sup> P. BRIGUORI, *Le Federazioni Sportive sono Pubbliche Amministrazioni? Ancora incertezza dopo la pronuncia della Corte di Giustizia Europea*, in *Dir. e Conti– Bilancio, Comunità e Persona*, n. 2/2019.

Per quanto riguarda la terza ed ultima questione, riguardante le quote associative, il Giudice comunitario ritiene che esse devono essere prese in considerazione al fine di verificare la sussistenza di un controllo pubblico. Il giudice rimettente, riteneva che la quota associativa rappresenta solo una sorta di contribuzione alle spese generali di funzionamento della Federazione, erogata per acquisire lo status di associato ovvero di affiliato con i diritti conseguenti. A detta della Corte di Giustizia, invece, tali quote associative, nonostante la qualificazione giuridica privatistica nel diritto nazionale, possono rappresentare, nell'ambito dell'indicatore di controllo relativo al grado di finanziamento, ai sensi dell'allegato A, punto 2.39, lettera d), e del punto 20.15, lettera d), indice di carattere pubblico quando si tratta di contributi obbligatori, che sono percepiti in relazione ad un interesse pubblico nei confronti delle federazioni sportive nazionali che esercitano un monopolio nella disciplina sportiva di cui si occupano. Nonostante anche in quest'ultimo punto, la Corte di Giustizia abbia riservato al giudice nazionale la decisione ultima, essa ha affermato che nel caso in cui detto giudice giungesse alla conclusione che tali quote siano considerate come contributi pubblici, esso dovrà ancora verificare se, nonostante il finanziamento quasi completo delle federazioni sportive nazionali interessate da parte del settore pubblico, i controlli esercitati su tali flussi di finanziamento siano tali da influenzare effettivamente la politica generale di tali federazioni.

#### **4. Conclusioni.**

Attraverso tale pronuncia, il Giudice comunitario offre una chiave interpretativa sulla natura delle Federazioni sportive e sull'applicazione di una determinata disciplina, pubblicistica ovvero privatistica. Inoltre, offre una esegetica per accertare di volta in volta quando sussista o meno il controllo pubblico, facendolo dipendere dalla sussistenza di un controllo sui flussi di finanziamento dell'ente tale da determinarne la politica interna.

Le Federazioni sarebbero, così, soggetti geneticamente privati ma funzionalmente pubblici per taluni atti e finalità, con conseguente applicazione di una speciale disciplina innestata su norme di diritto privato. Da un tale regime giuridico, così composito e variegato, deriverebbe *«una sostanziale doppia personalità delle Federazioni: una pubblica per la quale agiscono come organi del CONI, sono finanziate dal CONI e sono*

soggette al potere di sorveglianza di esso; l'altra privata, che deriva dall'atto di nascita, costituito addirittura dalla collocazione legislativa nell'ambito dei soggetti con personalità giuridica di diritto privato e che si sostanzia nell'autonomia tecnica, organizzativa e di gestione delle Federazioni" nonché "nella capacità di agire come ente privato in mancanza di una specifica disciplina»<sup>32</sup>.

Venute meno le storiche barriere tra il diritto pubblico ed il diritto privato, si rilevano oggi commistioni sempre più frequenti tra discipline un tempo distanti. Nelle Federazioni sportive la connotazione privatistica della forma associativa convive con la stessa valenza pubblicistica delle attività esercitate per legge<sup>33</sup>. In un tale contesto è coerente e ragionevole che un soggetto privato, nel caso di specie una Federazione sportiva, possa svolgere funzioni amministrative. Tale assunto trova conferma nel fenomeno del c.d. esercizio privato di pubbliche funzioni che, valorizzando il profilo sostanziale dell'attività realizzata, prescrive l'applicazione di una disciplina pubblicistica, nonostante la natura privata del soggetto<sup>34</sup>. In senso conforme la giurisprudenza afferma che qualora l'esercizio privato di pubbliche funzioni riguardi attività amministrativa in senso stretto esso «non può compiersi che tramite atti sostanzialmente amministrativi» che radicano la giurisdizione sulle relative controversie in capo al giudice amministrativo, trattandosi di atti provenienti da organi che si sostituiscono all'amministrazione. Tali atti, oggettivamente amministrativi, in quanto estrinsecazione di un potere di supremazia speciale, soggiacciono al medesimo regime giuridico degli atti formalmente amministrativi,

<sup>32</sup> In giurisprudenza, *ex plurimis*, Tar Lazio, sez. III, 8 febbraio 1988, n. 135; Tar Lazio, sez. III, 23 giugno 1994, n. 1361; Tar Calabria, sez. II, 18 settembre 2006, n. 984. In dottrina M. SANINO - F. VERDE, *Il diritto sportivo*, IV ed., Padova, 2015, pp. 119 ss.

<sup>33</sup> In dottrina, L. TRIVELLATO, *Considerazioni sulla natura giuridica delle federazioni sportive*, in *Diritto e società*, n. 1/1991, pp. 141-167; E. LUBRANO, *Il TAR Lazio segna la fine del vincolo di giustizia. La FIGC si adegua*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, n. 2/2005; A. AVERARDI, *Tra Stato e società: le federazioni sportive nel perimetro mobile delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista di Diritto sportivo*, n. 1/2016, pp. 39-55; G. PEPE, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 4/2016, pp. 264-273; A. MITROTTI, *La FIGC come organismo di diritto pubblico*, (Nota a sentenza T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 13 aprile 2018, n. 4100), in [www.AmbienteDiritto.it](http://www.AmbienteDiritto.it), 25 aprile 2018; S. BASTIANON, *L'incerta natura delle federazioni sportive nazionali: associazioni di diritto privato o organismi di diritto pubblico? Alla Corte di Giustizia l'ardua sentenza*, in *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, n. 1/2019; A. MITROTTI, *L'Organismo di diritto pubblico: dalla genesi al recente caso della FIGC*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, giugno 2020; Sulla natura degli enti pubblici, cfr. *ex multis*, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991.

<sup>34</sup> G. PEPE, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali*, in [Lavocedeldiritto.it](http://Lavocedeldiritto.it), 2 febbraio 2017.

con la conseguenza che sono sindacabili dal giudice amministrativo per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere<sup>35</sup>.

Da considerare poi che l'ordinamento italiano riconosce da tempo la possibilità di applicare norme pubblicistiche ad atti ed attività compiuti da soggetti privati. Si pensi, ad esempio, ai principi e alle regole dell'evidenza pubblica nelle procedure di affidamento indette da un organismo di diritto pubblico, che, seppur trattasi di ente talvolta, formalmente privato, viene considerato dall'ordinamento alla stregua di un soggetto pubblico, con applicazione di una disciplina derogatoria rispetto al diritto comune. L'ordinamento dimostra, così, di far prevalere la sostanza sulla forma<sup>36</sup>.

La giustizia amministrativa poi, con sentenza del Consiglio di Stato n. 3043 del 2016<sup>37</sup> ha sostenuto una nuova tesi, ossia che la nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può ritenersi fissa ed immutabile. Non può ritenersi, in altri termini, che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente e in maniera automatica la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione. Recentemente, il TAR Lazio, Sezione I-ter, con sentenza del 5 maggio 2020, n. 4693, ha sostenuto che il diritto di accesso ai sensi della Legge n. 241/1990 ai documenti delle Federazioni sportive può essere esercitato solo in relazione agli atti da queste assunti quali organi del Comitato Olimpico Nazionale Italiano per perseguirne le finalità pubblicistiche<sup>38</sup>.

In definitiva occorre sottolineare come l'individuazione della natura giuridica delle Federazioni non sia di per sé dirimente ai fini dell'accertamento della natura degli atti compiuti, delle situazioni soggettive in rilievo e del riparto di giurisdizione<sup>39</sup>. Del resto, nella conclamata crisi della soggettività alla natura

---

<sup>35</sup> Cass. civ. Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *www.cortedicassazione.it*. In dottrina, a riguardo, N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato* (1980-1982), in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985; G. MORBIDELLI, *Gli Enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. Amm.* 1993; F. FRACCHIA, voce *Sport*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, 1999. Recentemente G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018.

<sup>36</sup> M. COLUCCI, *Lo sport e il diritto*, cit.

<sup>37</sup> In dottrina, cfr. la nota di A. DE ANGELIS, *Quale "status" per le Università non statali? Una lettura alla luce della recente giurisprudenza amministrativa*, in *Nomos*, 2/2016.

<sup>38</sup> Il Giudice amministrativo di primo grado ha avuto modo di pronunciarsi sull'applicabilità della Legge 7 agosto 1990, n. 241, recante "*Nuove norme sul procedimento amministrativo*" ("Legge n. 241/90") nel caso di istanza di accesso agli atti rivolta nei confronti di una federazione sportiva nazionale. Avendone accertato la natura pubblicistica dell'attività, il TAR Lazio ha riconosciuto, nel caso di specie, l'applicabilità della Legge n. 241/90 alla Federazione.

<sup>39</sup> G. PEPE, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica delle Federazioni sportive nazionali*, cit.

giuridica di un soggetto non corrisponde più necessariamente un'unica e predeterminata disciplina, dovendo l'interprete procedere ad un'opera di ritaglio calibrata sull'attività concretamente realizzata e sugli interessi perseguiti.

Ne discende come le Federazioni sportive siano da considerare a pieno titolo soggetti di diritto privato, inquadrati in un sistema pubblicistico, che esercitano ora poteri di autonomia privata ed ora potestà amministrative, con applicazione di regimi giuridici differenti in ragione della natura dell'atto di volta in volta in rilievo<sup>40</sup>. Non è la natura del soggetto che agisce né il tipo di attività svolta, ma la natura dell'interesse da tutelare che determina il regime degli strumenti a disposizione che devono essere adeguati a tale finalità.

Dunque, il tradizionale rilievo pubblicistico delle Federazioni sportive può dirsi, oggi, definitivamente transitato dal profilo formale della natura giuridica del soggetto al profilo sostanziale dell'attività svolta e degli interessi perseguiti.

---

<sup>40</sup> G. NAPOLITANO, voce *Sport*, cit.

# AS FUNÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS E A REGRA DE EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO ITALIANA

**Salvatore Cimini**

*Professor Ordinário de Direito Administrativo, Universidade de Teramo, Italia*

**ABSTRACT** : O presente artigo trata dos poderes atribuídos pela Constituição italiana ao Tribunal de Contas, destacando-se a análise das peculiaridades desse órgão, ao qual foram confiadas tanto a função de controle quanto a função jurisdicional. Sucessivamente, passa-se a examinar a regra do equilíbrio orçamentário introduzida na Constituição em 2012. Ambas as temáticas estão estritamente relacionadas entre si tendo em vista o papel de garante do equilíbrio financeiro exercido pelo Tribunal de Contas. Serão ressaltadas as consequências que possam derivar da constitucionalização da regra de equilíbrio orçamentário sobre a tutela dos direitos sociais e fundamentais. Por fim, assinala-se a instituição de um novo organismo independente (denominado *Ufficioparlamentare di Bilancio*), mas que não retira do Tribunal de Contas o seu papel de garante do equilíbrio orçamentário.

**ABSTRACT** : This article focuses on the powers recognized by the Italian Constitution to the Court of Auditors, highlighting the specific features of this body which is entrusted with both control and jurisdictional functions. The budget balance rule introduced in the Constitution in 2012 is then examined. The two issues are linked when we consider the role of the Court of Auditors as a guarantor of the financial balance. In particular, the consequences that may arise from the constitutionalization of the financial balance rule on the protection of social and fundamental rights are highlighted. Finally, we note the establishment of a new independent body (called the Parliamentary Budget Office) which, however, does not reduce the authority the Court of Auditors as a guarantor of the financial balance.

**ABSTRACT** : L'articolo si sofferma sui poteri riconosciuti dalla Costituzione italiana alla Corte dei Conti, mettendo in rilievo le peculiarità di questo organo al quale sono affidate funzioni sia di controllo sia giurisdizionali. Successivamente viene esaminata la regola dell'equilibrio di bilancio introdotta in Costituzione nel 2012. Le due tematiche sono collegate ove si consideri il ruolo di garante dell'equilibrio finanziario svolto dalla Corte dei Conti. Si mettono, in particolare, in evidenza le conseguenze che possono derivare dalla costituzionalizzazione della regola dell'equilibrio di bilancio sulla tutela dei diritti sociali e fondamentali. Infine, si segnala l'istituzione di un nuovo organismo indipendente (denominato Ufficio parlamentare di Bilancio) che, però, non fa perdere alla Corte dei Conti il suo ruolo di garante dell'equilibrio finanziario.

**SUMÁRIO:** **1.** A função de controle do Tribunal de Contas – **2.** A função jurisdicional do Tribunal de Contas – **3.** A *governance* econômica europeia e a introdução da regra do equilíbrio orçamentário na Constituição – **4.** O impacto da reforma constitucional sobre a tutela dos direitos sociais e fundamentais – **5.** O *Ufficio parlamentare di Bilancio* e o Tribunal de Contas – **6.** Bibliografia.

## 1. A função de controle do Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas italiano (“*Corte dei conti*”, cuja tradução em português é Tribunal de Contas), foi originalmente instituído pela Lei n.800, de 14 de agosto de 1862, caracterizando-se como um órgão de relevância constitucional, autônomo e independente de outros poderes do Estado, que desempenha funções muito heterogêneas<sup>1</sup>. A Constituição italiana atribui ao Tribunal de Contas tanto a função de controle quanto a função jurisdicional. Trata-se de uma peculiaridade do tribunal de contas italiano, a qual não pode ser encontrada no tribunal de contas de outros países.

A função de controle do Tribunal de Contas foi expressamente prevista no artigo 100 da Constituição, que é a regra constitucional que atribui ao Tribunal de Contas o controle externo dos atos de governo, dos atos da gestão do orçamento estadual e da gestão financeira dos entes com os quais o Estado contribui em via ordinária. Sucessivamente, o segundo parágrafo do artigo 103 da Constituição reconhece ao Tribunal de Contas o exercício da função jurisdicional nas questões da contabilidade pública e em outras especificadas pela lei.

A função de controle preventivo do Tribunal de Contas é predeterminada a fiscalizar a legitimidade dos atos realizados pelo governo com o escopo de garantir o adequado desenvolvimento da atividade administrativa<sup>2</sup>. Em particular, o controle intervém na fase integrativa de eficácia e, portanto, em um ato por si perfeito, mas que somente se tornará executivo após a possível aprovação do controle da regularidade administrativa e contábil. Por essa razão, o ato de controle funciona

<sup>1</sup> Lo scritto sviluppa la relazione tenuta al Workshop internazionale *Direitos constitucional e administrativo em perspectiva comparada: diálogos com a experiência italiana* che si è svolto nell’ambito del XXI Congresso internacional de direito constitucional: 30 anos de Constituição. O que esperar dos próximos 30 anos, Brasília (Brasil), 7-9 novembre 2018. Ringrazio le dott.sse Andreia Cristina Scapin e Cristina Di Teodoro per l’aiuto nella traduzione del testo in portoghese.

<sup>2</sup> Os atos sujeitos a controle são individuados, principalmente, pelo art.3, da Lei n.20, de 14 de janeiro de 1994.

como um *condicio iuris* que suspende a eficácia do ato controlado: após o controle, passa-se ao registro (anotação do ato nos registros do tribunal de contas) e à aposição do visto, etapas necessárias para dar eficácia do ato, vice-versa a negação do visto paralisa a sua executividade.

Frise-se que a negação do visto não é um ato impugnável pelo sujeito interessado, pois não se trata dum ato administrativo por ser emanado pelo Tribunal de Contas, que não é um órgão administrativo. Também não é um ato judicioridicial porque, embora criado por um órgão judicioridicial, não resulta de um processo contencioso. Analogamente, não é impugnável nem mesmo a aposição do visto pelo sujeito lesado pela eficácia do ato, o qual pode, portanto, impugnar somente o ato controlado, perfeito e eficaz, já que é o único ato lesivo da sua esfera jurídica.

Tal entendimento relaciona-se intimamente com a natureza do controle preventivo da legitimidade sobre a qual a Corte Constitucional expressou-se definindo como o Tribunal de Contas, ao realizar o controle dos atos governamentais, desenvolve função análoga àquela judicioridicial, já que é chamado para verificar a conformidade dos atos que constituem objeto de controle com as regras do direito objetivo, excluindo-se qualquer apreciação que não seja de ordem estritamente jurídica<sup>3</sup>. Em síntese, trata-se de um controle externo e neutro baseado na legalidade, que se diferencia dos controles administrativos devido à natureza e à posição do órgão ao qual é confiado<sup>4</sup>.

Como já afirmado, além do controle preventivo sobre a legitimidade dos atos do governo, o parágrafo segundo do artigo 100 da Constituição prescreve um controle sucessivo sobre a gestão do orçamento do Estado que ocorre por meio do denominado julgamento da equalização, regulado pelos artigos 37 e 38 da Lei n.196, de 31 de dezembro de 2009. Em poucas palavras, com o julgamento da equalização, o Tribunal de Contas, por meio de suas seções reunidas, em primeiro lugar, verifica a correspondência dos resultados da gestão financeira indicados na prestação de contas consultiva com as previsões contidas no orçamento. Em seguida, ele envia a prestação de contas ao Ministro da Economia e Finanças para que seja apresentado

<sup>3</sup> Nesse sentido, o entendimento da Corte Constitucional de 12 setembro de 1976, n. 226, que reconhece ao Tribunal de Contas, no exercício das funções de controle preventivo, o poder de levantar em via incidental questões de legitimidade constitucional. Tal poder foi sucessivamente reconhecido ao Tribunal de Contas em via normativa em decorrência do art.27, parágrafo primeiro, da lei 340/2000. Ressalte-se também o julgamento da Corte Constitucional, de 19 de dezembro de 1963, n.165 e de 19 de dezembro de 1966, n.121.

<sup>4</sup> Como afirmado por A. MONORCHIO, L.G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di stato*, sétima edição, Cacucci editore, 2018, 456.

ao Parlamento, nos termos do artigo 81 parágrafo quarto da Constituição, que deverá aprovar por lei formal, tornando “intangível” a prestação de contas consultiva, ou seja irrevogável.

Apesar da notória peculiaridade do julgamento da equalização<sup>5</sup>, é importante ressaltar sua natureza jurisdicional que se confirma na garantia do contraditório entre o Procurador Geral e os representantes da administração; e, na natureza pública da audiência ao resultado do qual se torna pública a pronúncia (T.U. 12 de julho 1934, n. 1214, art. 38 e ss.). Disso resulta que, em sede de equalização, o Tribunal possa levantar questões de legitimidade constitucional no curso do julgamento anual sobre o relatório geral do Estado<sup>6</sup>. Recentmente, o instituto de equalização foi estendido aos orçamentos das regiões e é realizado pelas Seções regionais de controle do Tribunal de Contas competente (Artigo 1, parágrafo 5º, 10 outubro 2012, n.174 com o numero da lei 213/2012).

O outro tipo de controle baseado no texto constitucional é o da gestão financeira das instituições para as quais o Estado contribui em via ordinária, o qual é regulamentado pela lei de 21 de março de 1958, n. 259<sup>7</sup>. Trata-se de um controle simultâneo (ocorre durante a gestão da instituição) estabelecido para garantir que os gestores dos recursos públicos cumpram os parâmetros de legitimidade, eficácia e economicidade. Em caso de irregularidades, o Tribunal de Contas tem o poder fazer suas observações (art. 8 lei n. 259 de 1958), que não afetam a eficácia dos atos, mas que obrigam a administração a adotar todas as medidas necessárias para restaurar a legitimidade de suas ações.<sup>8</sup>

O êxito do controle consiste em um relatório de andamento e em resultados da gestão financeira da entidade controlada, os quais serão enviados para a última, para o Parlamento e para os Ministros vigilantes que implementarão as medidas

---

<sup>5</sup> Sobre o tema, verificar a Corte Conti, julgamento, 1 junho 2013, n. 7. Na doutrina, verificar, recentemente, SANTORO, P. *Le due anime del giudizio di parificazione. L'approccio giustizialista*, 2 maggio 2018, in [www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it), 3 ss, que aponta em modo exaustivo a bibliografia sobre o tema.

<sup>6</sup> Tal legitimação foi afirmada em várias ocasiões pela Corte Constitucional após reconhecer como jurisdicional a natureza do procedimento de equalização: sobre o tema, veda-se as seguintes pronúncias da Corte Constitucional: n. 121, de 19 de dezembro de 1966; n.142, de 30 de dezembro de 1968; n.143, de 30 de dezembro de 1968; n.226, de 18 de novembro de 1976.

<sup>7</sup> Não sendo possível aprofundar o tema nesta sede, indica-se o estudo de A. MONORCHIO, L.G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, cit., 465.

<sup>8</sup> O artigo 3 da Lei n. 286 de 1999 suspendeu o poder do Tribunal de Contas de formular reclamação, mas a norma foi declarada inconstitucional por excesso de delega com o julgamento da Corte Constitucional n.139, de 17 de maio de 2001, com consequente retomada do poder em exame. Sobre o tema, a N. LUPU, *Un "eccesso di delega" rilevato in un conflitto di attribuzioni promosso dalla Corte dei Conti. Nota a Corte Cost. 139/2001*, in [www.bpr.camera.it](http://www.bpr.camera.it).

necessárias para eliminar eventuais irregularidades contábeis, administrativas e gerenciais.

Além dos controles expressamente previstos na Constituição, a legislação ordinária atribuiu inúmeros outros poderes de controle ao Tribunal de Contas.

Assim, com o decreto lei n. 174, de 2012 (convertido em lei n. 213 do 2012), foram reconhecidas ao Tribunal de Contas estensos controle sobre a gestão financeira das autoridades locais ao Tribunal de Contas e regiões.

## 2. A função jurisdicional do Tribunal de Contas.

Ao lado da função de controle, encontra-se a função jurisdicional do Tribunal de Contas.

O fundamento constitucional da jurisdição do Tribunal de Contas está prescrito no artigo 103, parágrafo segunda da Constituição, que atribui ao Tribunal de Contas a jurisdição em matéria de contabilidade pública e em outras matérias especificadas pela lei.

A Corte Constitucional afirmou o caráter não cogente e absoluto, e apenas tendencialmente geral, conforme dispõe o art.103 da Constituição, da função de jurisdição do Tribunal de Contas em matéria de contabilidade pública, compreendendo tanto os juízos de contas quanto os relacionados à responsabilidade administrativa patrimonial dos dependentes públicos e administradores, afirmando que a concreta atribuição da jurisdição, em relação aos diversos tipos de responsabilidade administrativa, refere-se ao poder discricionário do legislador ordinário e não opera automaticamente conforme dispõe o artigo 103 da Constituição, requerendo a *interpositivo legislatoris*.<sup>9</sup>

O entendimento da Consulta sobre o caráter tendencialmente geral da jurisdição contábil evoluiu durante o tempo e a *interpositivo legislatoris* tornou-se o fundamento da jurisdição do Tribunal de Contas no sentido de que a “jurisdição do Tribunal,

---

<sup>9</sup>A expressão *interpositio legislatoris* começou a ser utilizada pela Corte Constitucional em 2 de junho de 1977, julgamento n. 102; verificar, Id., 11 de julho de 1984, n. 189; Id., 30 de julho de 1984, n. 241; Id., 30 de dezembro de 1987, n. 641; Id., 7 de abril de 1988, n. 411; Id., 7 de abril de 1988, n. 421; Id., 7 de julho de 1988, n. 773.

também nas matérias de contabilidade pública, subsiste se e enquanto seja atribuída com disposição expressa lei”.<sup>10</sup>

Nos julgamentos da Corte Constitucional, afirma-se a concreta atribuição da jurisdição em relação aos diversos tipos de responsabilidade administrativa, não opera automaticamente com base no artigo 103 da Constituição, mas requer a *interpositivo legislatoris*.<sup>11</sup>

Atualmente, o âmbito jurisdicional do Tribunal de Contas é individuado pelo artigo 1º do Código de Justiça Contábil (decreto legislativo n.174, de 26 de agosto de 2014), o qual dispõe que o Tribunal de Contas possui competência jurisdicional para julgamento de: contas (que se referem aos agentes contábeis que devem prestar contas), responsabilidade administrativa por danos ao erário, em matéria previdenciária, bem como que tenham como objeto a imposição de sanções pecuniárias e relacionados a outras matérias especificadas em lei.

O parágrafo sexto do artigo 11 do Código de Justiça Contábil atribui às Seções reunidas do Tribunal de Contas a jurisdição exclusiva sobre diversos julgamentos, entre os quais o julgamento em matéria de plano de equilíbrio dos entes territoriais e a admissão ao Fundo de rotação para assegurar a estabilidade financeira dos entes locais; em matéria de reconhecimento das administrações publicadas operadas pelo ISTAT; em matéria de prestação de contas dos grupos de Conselho dos Conselhos regionais, etc.

De particular importância no âmbito da jurisdição do Tribunal de Contas é a jurisdição em matéria de responsabilidade administrativa, tradicionalmente remonta à matéria da contabilidade pública e, portanto, à jurisdição do Tribunal de Contas em virtude do art.103, parágrafo segundo, da Constituição.

A responsabilidade administrativa é a espécie de responsabilidade na qual incorre o sujeito que possui um vínculo com a administração pública qualificado por uma relação de serviço que, em razão de uma ação (comissiva ou omissa), dolosa e gravemente culposa, causa um dano (direto ou indireto) ao erário.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> No mesmo sentido, F.G. SCOCA, *La lunga “gestazione” della responsabilità amministrativa*, in *Studi in onore di G. Guarino*, vol. III, 1998, 612.

<sup>11</sup> Verificar: Corte cost., de 29 gennaio 1993, julgamento n. 24; Id., de 5 de novembro de 1996, n. 385.

<sup>12</sup> Não é esta a sede para analisar de maneira exaustiva o argumento, portanto, sugere-se a consulta à obra CIMINI, S. *La responsabilità amministrativa e contabile*, Giuffrè, Milano, 2003. 98; ID., *La responsabilità amministrativa e contabile*, in G.F. FERRARI, E. MADEO (a cura di), *Manuale di Contabilità pubblica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 223 e ss.

Tal responsabilidade está configurada na presença conjunta de cinco elementos, quais sejam: a relação de serviço, a conduta antijurídica, o dano ao erário<sup>13</sup>, o nexo causal entre a conduta e o dano e o elemento subjetivo representado pelo dolo e pela culpa grave.<sup>14</sup>

Tais elementos, inclusa a relação de serviço, devem ser comprovados pelo juiz contábil. A ausência dum único desses elementos deixa de configurar responsabilidade em exame, porém pode ser possível configurar uma responsabilidade diversa. A título de exemplo: se um depende viola uma regra de serviço (conduta antijurídica) sem causar qualquer dano ao erário, não estão presentes os pressupostos para que o mesmo seja condenado a título de responsabilidade administrativa, visto que falta o dano ao erário, porém seria possível caracterizar uma responsabilidade disciplinar.

Em relação ao elemento subjetivo, observa-se que o legislador recentemente estabeleceu uma redução da responsabilidade administrativa contábil apenas para as hipóteses de dolo, limitando-a aos fatos cometidos entre o período de julho de 2020 a dezembro de 2021. A limitação da responsabilidade aos casos de dolo não se aplica aos danos causados por omissão ou inércia do agente, em relação ao qual continua a ser aplicada a responsabilidade também por culpa grave (art.21 do decreto-lei n. 76 de 2020, convertido em Lei n. 120, em 11 de setembro de 2020). Trata-se de uma limitação cujo propósito de atenuar o medo dos dependentes públicos de incorrer em responsabilidade ao erário público, incentivando-os a permanecer inertes (por isso a limitação foi circunscrita somente às ações sem incluir as omissões e inércias).

Esclarece-se que o Tribunal de Contas possui o intitulado poder restritivo de cobrança com base no qual tem poder para condenar o responsável somente a uma parte do dano efetivamente produzido. Como afirmando pelo mesmo juiz contábil, a *ratio* que está subentendida em tal poder “*apoiar-se sobre uma extrema complexidade da*

---

<sup>13</sup> Trata-se de um preconceito real, economicamente qualificado e quantificável, que pode consistir tanto em uma diminuição quanto em uma ausência do incremento patrimonial ao dano da instituição pública.

<sup>14</sup> O artigo 1, parágrafo primeiro da lei n. 20/1994 (em linha com o artigo 23, parágrafo primeiro, do D.P.R. 10 de janeiro de 1957, n. 3) que limita a responsabilidade dos agentes submetidos à jurisdição do Tribunal de Contas às ações e omissões praticadas com dolo ou culpa grave, foi objeto de juízo de constitucionalidade verificando-se dúvida sobre sua conformidade com a Carta Fundamental. Todavia, a Consulta rejeitou a questão estatuidando que “a limitação da responsabilidade administrativa e contábil dos dependentes públicos unicamente aos casos de dolo e culpa grave decorre do racional exercício de discricionariedade do legislador, e é congruente com a concepção efficientista do serviço público. (Corte Cost. 20 novembre 1998, n. 371).

*organizzazione amministrativa pubblica a qual esclusi que, em certos casos, a inteira responsabilidade de um fato danoso possa ser imputado apenas ao demandado”.*<sup>15</sup>

A doutrina discute se a responsabilidade administrativa possui natureza sancionatória ou ressarcitória. A função ressarcitória é afirmada considerando o fato que esta responsabilidade está fundada sobre um dano (ao erário) que deve ser ressarcido, embora em parte. A função sancionatória é afirmada, por outro lado, valorizando alguns elementos dessa peculiaridade da responsabilidade, como o poder de restritivo, a limitação da responsabilidade ao dolo e à culpa grave, a intransmissibilidade do débito aos herdeiros, etc. Todos os elementos que não vão na direção de um completo ressarcimento. Permanece o fato, porém que o dano resta um pressuposto e um elemento indispensável desta responsabilidade, também se depois vier integralmente ressarcido.

A doutrina mais respeitada<sup>16</sup> considera que o verdadeiro elemento caracterizante dessa forma de responsabilidade não é nem a função sancionatória nem a função ressarcitória (ainda que ambas estejam presentes), mas sim a função preventiva que – como única função que consente a coexistência do aspecto ressarcitório com o sancionatório – tem o propósito de estimular os dependentes públicos a adotarem um comportamento probo e virtuoso caracterizando a eficiência da administração da qual pertencem.

A função preventiva deve ser mais valorizada do que as demais porque é a única capaz de assegurar o bom andamento da administração, que é princípio constitucional expreso no art.97 da Constituição. A função da responsabilidade administrativa, em definitivo, é construir um *“estímulo a fazer bem e não pode resultar em um desincentivo, um obstáculo a ser superado”*.<sup>17</sup>

Também a Corte constitucional, com a sentença n.371 de 1998, ocupando-se da disposição legislativa que limita a responsabilidade aos casos de dolo e culpa grave (artigo 1 da lei n.20 de 1994), declarou que a mesma coloca-se em um processo de nova conformação da responsabilidade administrativa e contábil e responde à tentativa de “predispor, em relação aos dependentes e dos administradores públicos,

<sup>15</sup> Corte Conti, Sicilia, sez. giurisd., 22 gennaio 2013, n. 46.

<sup>16</sup> Sobre o tema F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (a un decennio dalle riforme)*, Atti dl LI° Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 15 – 17 settembre 2005, Milano 2006, 68.

<sup>17</sup> Nesse sentido: F.G. SCOCA, *Fondamento storico*, cit., 68.

um enquadramento normativo em que o temor da responsabilidade não exponha ao eventual de atrasos e inércia no desenvolvimento da atividade administrativa (...) em busca de um ponto de equilíbrio garantindo que a prospectiva da responsabilidades seja uma razão de estímulo e não de desincentivo”.

Portanto, a peculiaridade do Tribunal de Contas italiano é representada pelo fato que o mesmo desenvolve seja a função de controle que a função jurisdicional. A Corte constitucional explicitou que as duas funções devem permanecer distintas e que a função de controle não pode ter a finalidade de alimentar a função jurisdicional, não obstante a ação de responsabilidade administrativa, desde que em sede de controle surja a existência de um dano ao erário.<sup>18</sup>

De qualquer forma, é evidente como a duplicidade de funções da parte do Tribunal de Contas torne-a o verdadeiro garante da legalidade financeira e do correto uso dos recursos públicos. Isso é corroborado pela legitimação do Tribunal de Contas para levantar questões de legitimidade constitucional<sup>19</sup>, poder que confere um papel fundamental para a tutela do equilíbrio financeiro.

### **3. A *governance* econômica europeia e a introdução da regra de equilíbrio orçamentário na Constituição.**

No que tange ao equilíbrio financeiro, preliminarmente, faz-se necessário recordar que, após a introdução da moeda única, as políticas orçamentárias dos Estados membros da União econômica e monetária europeia foram amplamente condicionadas ao direito europeu.

A partir do Tratado de Maastricht de 1992 (Tratado CE), o qual entrou em vigor em 1º de novembro de 1993, foram introduzidas inúmeras restrições para tutelar o sistema monetário europeu, que se referiram especialmente ao déficit e ao débito público em relação ao produto interno bruto (especificamente, a relação déficit/PIB

<sup>18</sup> Corte Cost., 27 de janeiro de 1995, n. 29.

<sup>19</sup> Cfr. Corte Cost., 18 de novembro de 1976, n. 226, que qualifica o Tribunal de Contas como juiz *a quo* no que tange à legitimidade constitucional limitada ao controle preventivo sobre os atos de governo. Tal legitimidade não é reconhecida em sede de controle sucessivo sobre a gestão da administração pública. (C. Cost. 20 de julho de 1995, n. 335 e C. Cost. 9 de fevereiro 2011, n. 67). Sublinhe-se o entendimento de F. FRACCHIA, *Corte dei Conti*, 15 de abril de 2019, *Diritto on line*, em que o autor acolhe favoravelmente o poder da parte da Tribunal de Contas para destacar a questão da legitimidade constitucional porque, assim, serão expostas à análise constitucional também as leis que regulam as despesas. Ao mesmo tempo, todavia, destacam-se a característica excepcional em dado o limitado campo de aplicação do controle preventivo.

não deve superar 3% e a relação débito público/PIB, 60%), prevendo-se um procedimento específico para os défices excessivos. Tais restrições, que são dirigidas a tutelar o sistema de moeda única, possuem o propósito de possibilitar aos Estados o alcance de condições financeiras estáveis.

Em seguida, foi adotado o Pacto de estabilidade e crescimento<sup>20</sup>, que, além de confirmar o respeito aos parâmetros estabelecidos pelo Tratado de Maastricht, impôs aos Estados que adotaram o euro o dever de se empenhar para alcançar, em médio prazo, um saldo de balanço próximo ao equilíbrio ou ao positivo.

Esclarece-se que, devido à emergência sanitária e econômica causada pela pandemia Covid-19, as restrições orçamentárias previstas no Pacto de Estabilidade e Crescimento (particularmente, relação déficit PIB não superior a 3%) foram temporariamente suspensas, permitindo que a Itália e os demais Estados membros da União Europeia pudessem recorrer ao endividamento a fim de conter o impacto da pandemia sobre a economia nacional.

Retomando a análise das restrições europeias ao orçamento e das normas destinadas a coordenar as políticas econômicas e orçamentárias dos países membros, que constituem a intitulada *governance* econômica europeia, observa-se que, após a crise financeira de 2008, as restrições à atividade financeira pública dos Estados membros tornaram-se sempre mais rigorosas. Os Estados membros da União perderam progressivamente boa parte dos poderes em matéria orçamentária.<sup>21</sup> Esse processo foi articulado por meio da adesão a acordos e pactos estabelecidos entre a União Europeia e os Estados dirigidos a realizar um controle (não só posterior mas também) preventivo das políticas orçamentárias nacionais com o escopo de alcançar a estabilidade financeira na zona do euro e a uma moeda comum mais sólida.

Dessa forma, as instituições europeias iniciaram uma profunda revisão do sistema de *governance* econômica da União Europeia visando consolidar a eficácia do Pacto de estabilidade e crescimento (como anteriormente afirmado, temporariamente suspenso em virtude da emergência da pandemia Covid-19).

Dentre as inúmeras novidades que foram introduzidas, destaca-se o “Tratado sobre a estabilidade, coordenação e *governance* na União econômica e monetária”,

---

<sup>20</sup> Constituído pela resolução do Conselho europeu de 17 de junho de 1997 e pelo regulamento do Conselho nn.1466 e 1467/1997, emendados com sucessivos regulamentos n. 1055 e 1056/2005.

<sup>21</sup> G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011; e di ELLIS FERRAN, *Crisis-Driven EU Financial Regulatory Reform*, Cambridge University Press, 2012.

denominada *Fiscal compact*, adotado no mês de março 2012, o qual entrou em vigor em 1º de janeiro de 2013, constituindo um novo pacto orçamentário. Trata-se de um acordo que formalmente não faz parte do *corpus* normativo da União europeia e que comporta, para os Estados que o ratificaram (como a Itália), a possibilidade de poder se beneficiar do fundo salva Estados previsto no Tratado que instituiu o mecanismo europeu de estabilidade (MES).

Dentre as novidades mais importantes introduzidas pelo *Fiscal compact*, está a regra do orçamento equilibrado (da qual será possível desviar temporariamente apenas em circunstâncias excepcionais ou ainda na presença de eventos que fogem do controle do Estado interessado e que tenham relevantes repercussões sobre a situação financeira da administração pública ou em período de grave recessão); e, a obrigação para os Estados aderentes de instituir um organismo independente de fiscalização, responsável, em nível nacional, pelo respeito às restrições europeias e por inserir novas regras de tipo constitucional ou, enfim, na legislação nacional (obrigação que será verificada pela Corte europeia de justiça).

A Itália cumpriu de forma tempestiva tais obrigações por meio da lei constitucional de 20 de abril de 2012.

Particularmente, por meio da lei constitucional n. 1 de 2012, a Itália introduziu expressamente em sua Constituição o princípio do equilíbrio orçamentário em três artigos: art.81, 97 e 119. Tal princípio foi estendido a todas as administrações estatais, territoriais e não territoriais.

O novo art. 81 da Constituição dispõe que o Estado deve assegurar o equilíbrio entre as entradas e as despesas em consideração aos efeitos do ciclo econômico, podendo recorrer ao endividamento apenas para a estabilização do ciclo econômico e na hipótese em que se verificar eventos excepcionais, prévia autorização parlamentar e maioria qualificada.

Posteriormente, foi modificado o art.119 da Constituição, o qual reconhece a autonomia financeira às regiões e aos entes locais. Com a reforma constitucional de 2012, deixou-se claro que tal autonomia financeira deve ser exercitada com respeito ao equilíbrio dos respectivos orçamentos. Esclarece-se, porém, que as autonomias territoriais precisam contribuir para assegurar a observância das obrigações europeias. Além disso, foram impostas outras restrições em relação ao endividamento, o qual para os entes locais será consentido apenas para as despesas de investimento (artigo 119, parágrafo sexto, da Constituição, modificado pela

emenda constitucional n.3 de 2001). Com a reforma de 2012, o endividamento dos entes locais e das regiões devem respeitar duas condições ulteriores (além daquelas que admitem o endividamento apenas no que se refere a despesas de investimento): deve ser acompanhado da contextual definição de um plano de amortização e deve também respeitar a condição que, para o complexo dos entes da região, assegure-se o equilíbrio orçamentário.<sup>22</sup>

Portanto, a Itália recepcionou os limites orçamentários europeus na Constituição<sup>23</sup>, mesmo que seja necessário observar que a introdução de princípio de equilíbrio orçamentário nos ordenamentos internos com normas de nível constitucional não constituía uma obrigação para o legislador, previsto que o *Fiscal Compact* determinava aos Estados contraentes de recepcionar expressamente o princípio do equilíbrio e avanço orçamentário, preferencialmente, mas não necessariamente, na Constituição, em normas restritivas e de natureza permanente.

Nesse sentido, a título de exemplo, a França, aproveitando-se do fato de que do *Fiscal Compact* não emergia a obrigação de introduzir limites ao orçamento em nível constitucional, não efetuou a revisão da própria constituição.<sup>24</sup>

A causa mudança constitucional ocorrida na Itália não está relacionada às restrições europeias, mas sim à fragilidade política e financeira do país em tal período (colocado sob pressão pelo mercado financeiro) que não permitiu de adotar outras vias de reformas igualmente percorráveis. Na realidade, o Legislador, modificando a Carta Constitucional, pretendeu oferecer maiores garantias futuras com respeito às restrições europeias e, portanto, maiores garantias sobre a redução da despesa pública e do conseqüente recurso ao endividamento.

<sup>22</sup> Alguns princípios constitucionalizados pela lei 1/2012 já estavam presentes no ordenamento jurídico italiano em razão da lei n.196, de 31 de dezembro de 2009, alterada em 2011 para coordená-la com o Semestre europeu de setembro de 2010.

<sup>23</sup> Sobre a necessidade de modificação da Constituição dos Estados membros, verificar WEBER, A. *Die reforme der Wirtschafts und Währungsunion in der Finanzkrise*, in Euzw, n. 24/2011, 940, que se refere ao frágil quadro normativo eurounitário. Em sentido contrário, G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: interazione fra livelli europeo e interno*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), para quem a reforma foi irrelevante porque o princípio do equilíbrio orçamentário já existia no ordenamento supranacional, que é prioritário em relação ao interno.

<sup>24</sup> Para analisar de forma detalhada a experiência francesa, sugere-se: *Le figaro* del 17 luglio 2012, em que se afirma que a França e seu então Presidente François Hollande entenderam poder satisfazer o impenho europeu sem que a “Regle d’or” estivesse escrita na Constituição. Sempre sobre a experiência francesa, cfr. I. CIOLLI, *I paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*. In: *Rivista AIC*, n. 1/2012, 9 ss.

No entanto, o legislador italiano não introduziu na Constituição o orçamento equilibrado, como determinado pelo art.3º do *Fiscal Compact*, mas, como já afirmado, a diferente noção de equilíbrio orçamentário.<sup>25</sup>

O orçamento equilibrado é apenas referido no título da lei constitucional n.1 de 2012.

A definição e os conteúdos do “equilíbrio orçamentário” não são detalhados na Constituição, da qual se ocupou a lei (reforçada) “*rinforzata*”<sup>26</sup> n.242 de 24 de dezembro de 2012, a qual estabelece que – com exceção das Regiões e os entes locais – o equilíbrio orçamentário coincide com o objetivo de médio prazo, alcançado com um valor de saldo estrutural (relação endividamento líquido/PIL) compreendido no intervalo de 0,5% de PIB (déficit estrutural), o equilíbrio o ativo (avanço estrutural).<sup>27</sup> Ressalte-se que o equilíbrio orçamentário se refere ao saldo estrutural, isto é, a um saldo correto para os efeitos do ciclo econômico e ao líquido das medidas de *una tantum* e temporárias. Para as regiões e os entes locais, todavia, os orçamentos são considerados em equilíbrio quando, seja na fase de previsão que de contabilidade, conseguem um saldo não negativo, em termos de competência, entre as entradas finais e as despesas finais.<sup>28</sup>

O equilíbrio orçamentário é, portanto, uma noção dinâmica e não estática como aquela do equilibrado. A Carta Constitucional também determinou que si trata de uma noção dinâmica que projeta o equilíbrio orçamentário em dimensão plurianual.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> A distinção entre “orçamento equilibrado” e “equilíbrio orçamentário” foi o ponto central do julgamento manifestado na sentença da “Corte Costituzionale” n. 1/1966, na qual os juízes optaram, com referimento à velha formulação do art.81, pelo princípio dinâmico e menos rígido do equilíbrio. Sobre o tema, A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it) e T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. Cost.*, 2014, 1, 58.

<sup>26</sup> Reforçada (“*Rinforzata*”) porque aprovada por maioria absoluta dos componentes da Câmara, como previsto no art.81, co. 6, Cost.

<sup>27</sup> Verificar o art. 5 da l. n. 243 de 2012, em que se estabelece que o equilíbrio orçamentário é considerado atingido também quando o salto estrutural assegura o respeito do percurso de aproximação ao objetivo de médio prazo nos casos de eventos excepcionais (art. 6 da l. n. 243/2012) ou nas hipóteses em que seja acionado o mecanismo de correção dos desvios em relação ao objetivo programático estrutural (art. 8 da l. n. 243/2012). O equilíbrio orçamentário considera-se atingido também no caso em que o saldo estrutural evidencia um desvio inferior àquele que aciona o mecanismo de correção estabelecido no art. 8, §1, l. n. 243/2012.

<sup>28</sup> Nesse sentido, estabelece o artigo 9 da l. n. 243/2012, modificado pelo art. 1, co. 1, da lei n.164 de 12 agosto 2016, n. 164.

<sup>29</sup> Corte cost., 10 de junho de 2016, n. 133; ID., 16 de dezembro de 2016, n. 279. Recentemente, a Corte cost., de 14 de fevereiro de 2019, n. 18, declarou que o princípio do equilíbrio orçamentário não corresponde a uma formal equiparação contábil, sendo intrinsecamente relacionado à contínua pesquisa de uma estabilidade econômica de médio e longo prazo, no âmbito da qual a responsabilidade política do mandato eleitoral exercita-

Também é importante destacar que o novo art.81 da Constituição dá margens para a discricionariedade do legislador, dispondo que o Estado assegura o equilíbrio entre as entradas e as despesas do próprio balanço, considerando as fases desfavoráveis e as fases favoráveis do ciclo econômico, bem como que o endividamento é consentido “para que sejam considerados os efeitos do ciclo econômico”, e para “eventos excepcionais”.

A nova redação do art.81 da Constituição admite, portanto, políticas discricionárias da despesa em *déficit*, porém apenas com finalidade anticíclicas e nos eventos excepcionais.

Em relação à redação anterior do art.81 da Constituição, verifica-se um maior rigor, na medida em que o recurso ao endividamento é consentido apenas em via extraordinário para combater o ciclo econômico negativo o para a gestão de eventos excepcionais. Dessa forma, pretende-se uma rigidez que nem mesmo o *Fiscal compact* requereu de fora tão exigente.

A pontual disciplina sobre o recurso ao endividamento foi confiada à já citada lei reforçada (“*rinforzata*”) n. 243 de 2012, a qual prescreveu fórmulas relativamente elástica, que consentiram de recorrer, com uma certa frequência, a tal prática, sobretudo nos períodos de dificuldade econômica.

O recurso ao endividamento da parte dos outros entes territoriais (entes locais e regionais) é, todavia, fortemente limitado. Como já anteriormente afirmado, além das restrições prescritas pela versão original do art.119 da Constituição, em virtude da qual tais entes “podem recorrer ao endividamento apenas para financiar despesas de investimento”, a nova versão do citado artigo, como integrado após a alteração de 2012, prescreve “a contextual definição dos planos de amortização” e, sobretudo, impõe a condição, bastante gravosa, segundo a qual “para o complexo dos entes de qualquer região seja respeitado o equilíbrio orçamentário”.

Em poucas palavras, da nova disciplina constitucional conclui-se que é o orçamento do Estado que pode recorrer ao endividamento em função anticíclica ou per eventos excepcionais de forma tendencialmente exclusiva e a favor do inteiro sistema público.<sup>30</sup>

---

se não apenas através da prestação de contas do realizado, mas também em relação ao consumo dos recursos empregados.

<sup>30</sup> Cfr. W. GIUIETTI, M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2016, 926 e ss., os quais evidenciam

É evidente o impacto que esta função estatal reforçada de coordenação financeira e contábil pode provocar sobre a autonomia dos entes locais e sobre as regiões.

#### **4. O impacto da reforma constitucional sobre a tutela dos direitos sociais e fundamentais**

Tem-se afirmado que a reforma constitucional examinada é fruto de um processo de integração europeia, em relação ao qual a Itália (como os outros Estados membros) foi chamada para fazer frente à crise econômica; e, no caso específico da Itália, para reduzir o risco de insustentabilidade orçamental consequente ao perdurante e elevado nível de débito público acumulado nos anos. Desse fato, resultou certamente um modelo de governo de economia e de finança caracterizado por um forte controle preventivo e sucessivo em nível europeu sobre singulares políticas nacionais com consequente depauperamento dos poderes da parte do Governo e do Parlamento com referência, particularmente, à política orçamentária.

Isto posto, a introdução do princípio do equilíbrio orçamentário na Constituição teve importante impacto por conferir maior valor jurídico a uma obrigação meramente política marcando, portanto, a passagem para um sistema em que a violação das regras orçamentárias comporta consequências jurídicas em plano constitucional e, particularmente, a possibilidade que a restrição do equilíbrio orçamentário seja evocado como parâmetro de juízo de legitimidade constitucional.

Um dos aspectos mais delicados que interessou a doutrina referiu-se à tutela dos direitos sociais e fundamentais (como, por exemplo, o direito ao trabalho, à saúde e à educação), como direitos constitucionais garantidos que caracterizam o Estado democrático.

Parte da doutrina<sup>31</sup> ressaltou como a constitucionalização do princípio do equilíbrio orçamentário aumente o condicionamento financeiro<sup>32</sup> de tais direitos, prejudicando de fato o reconhecimento dos mesmos. Outros autores, vice-versa, evidenciam as margens de flexibilidade do art.81 da Constituição que consentem um

---

o impacto que esta função estatal reforçada de coordenação financeira e contábil pode provocar sobre a autonomia dos entes locais e das regiões.

<sup>31</sup> M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto comunitario*, n. 3-4/2017, 623 ss.

<sup>32</sup> Pela primeira vez «*diritti finanziariamente condizionati*», MERUSI, F. *I servizi pubblici negli anni Ottanta*, in *Quad. reg.*, 1985, 39 ss. No que tange à jurisprudência, ver Corte Cost., 15 de janeiro 2010, n. 10.

endividamento decorrente de eventos excepcionais e nas fases adversas do ciclo econômico., afirmando a possibilidade de realizar políticas fiscais anticíclicas que não colocam em risco a garantia dos direitos fundamentais.<sup>33</sup>

No âmbito da jurisprudencial da Corte Constitucional, inicialmente, verificou-se o recurso à técnica do balanceamento entre o princípio do equilíbrio orçamentário e a tutela de direitos sociais, com a qual a Corte Constitucional avaliou *ex ante* os efeitos de uma própria pronúncia sempre que essa se revele muito custosa per os cofres públicos.

No tocante à temática, importante mencionar a nota à sentença n.70 de 20 de abril de 2015 em matéria de perequação automática dos tratamentos das aposentadorias: em tal ocasião, a Corte declarou a ilegitimidade constitucional do art.24, parágrafo vinte e cinco, do D.L. n.201, de 06 de dezembro de 2011, convertido com modificações na Lei n.214, de 22 de dezembro de 2011, que excluiu a aplicação da perequação<sup>34</sup> automática, em relação aos anos 2012 e 2013, para o tratamento da aposentadoria de valor cumulativo superior a três vezes o tratamento mínimo do INPS. Com a declaração de inconstitucionalidade<sup>35</sup>, muda-se o quadro de referimento sobre as medidas de perequação com conseqüente reflexo financeiro quantificado além de dezesseis milhões de euros como valor a ser reembolsado pelo INPS aos aposentados interessados, com conseqüente implicação negativa sobre o orçamento do Estado.

A referida Corte, com o sucessivo pronunciamento n. 178, de 24 de junho de 2015, a respeito da contratação coletiva, estabeleceu que o bloqueio da contratação<sup>36</sup> por muito tempo é ilegítimo, porém tal ilegitimidade é “superveniente”, isto é, a relativa declaração decorre da publicação da sentença de modo que a ilegitimidade vale

---

<sup>33</sup> Nesse sentido, M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regione (a proposito dell'art. 117, co. 2, lett m) della Costituzione*, in *San. Pubbl.*, 2002, 1025; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 24 gennaio 2014, n. 1/2014.

<sup>34</sup> Aplica-se o art. 69, parágrafo primeiro, Lei 23 de dezembro de 2000, n. 388, que prevê, com referimento à faixa de importo do tratamento dos aposentados compreendido entre três e cinco vezes o mínimo INPS, aplicação da perequação na medida de 90%.

<sup>35</sup> Fundada sobre a lesão de precisos direitos fundamentais conexos com a relação previdenciária reconhecida por meio de específicas disposições constitucionais, como: o art. 36 (direito a uma retribuição proporcional à quantidade e à qualidade do trabalho desenvolvido) e o art. 38 (direito a que sejam providenciados e assegurados meios adequados às exigências da vida em caso de infortúnio, doença, invalidez, velhice, desocupação involuntária). Esse último direito entende-se conexo ao princípio de solidariedade e ao princípio de igualdade substancial previstos nos artigos 2 e 3, parágrafo segundo, da Constituição.

<sup>36</sup> Observa-se que em virtude do bloqueio, os dependentes do Estado não tiveram o contrato renovado por mais de cinco anos e, portanto, nenhuma adequação do salário que, a título de inflação, perdeu parte do poder de acquisto (10%).

apenas para o futuro, não para o passado. Isso evitou graves consequências sobre o orçamento prejudicando os dependentes públicos que não puderam requerer ao Estado os atrasados.

Em definitivo, não há dúvida de que o equilíbrio orçamentário vincula o Legislador nas escolhas políticas econômicas, porém tal princípio – embora de relevância constitucional – não prevalece de forma absoluta em relação aos demais princípios do mesmo escalão e, portanto, não é possível comprometer a tutela dos direitos legais em relação à dignidade da pessoa.

De fato, como afirmado pela doutrina, a mesma emenda constitucional n.1/2012 prescreve que nas fases adversas do ciclo econômico o no caso de eventos excepcionais, o Estado concorre para assegurar o financiamento da parte das “autonomias territoriais” dos níveis essenciais de prestações e das funções fundamentais inerentes aos direitos civis e sociais”.<sup>37</sup>

Mas ainda antes da lei, é a mesma Constituição que, distinguindo entre destinação de recursos obrigatória, destinação consentida e destinação proibida<sup>38</sup>, indica claramente a prioridade na alocação dos recursos, impondo ao Legislador de tutelar em primeiro lugar os direitos fundamentais da pessoa (como, por exemplo, o trabalho, a saúde, a educação, a previdência) e, somente depois de ter satisfeito tais direitos, poder conceder despesas de natureza facultativa. A título de exemplo, a obrigação constitucional da parte do Estado de financiar a escola pública; apenas após o cumprimento de tal obrigação, remanesce a possibilidade de destinar fundos para a escola privada.

Portanto, o que é obrigação é um equilíbrio entre princípios concorrentes que deve ser realizado segundo critérios de proporcionalidade e adequação, assumindo como parâmetro o direito de igualdade prescrito no art.3º da Constituição.<sup>39</sup>

Neste sentido, o entendimento da Corte Constitucional, a qual afirmou que é “a garantia dos direitos incompressíveis a incidir sobre o orçamento, e não o equilíbrio do mesmo condicionada a obrigatória concessão”. Em tal pronunciamento, foi declarada a ilegitimidade constitucional de uma lei regional que negava na medida de 50% o financiamento para o serviço de transporte dos estudantes portadores de deficiência porque tal concessão era prevista nos limites da disponibilidade

<sup>37</sup> A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, n. 1/2014, *op. cit.*

<sup>38</sup> L. CARLASSARRE, *Priorità costituzionali e controllo sulle destinazioni delle risorse*, 4 julho 2013, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

<sup>39</sup> L. CARLASSARRE, *Priorità costituzionali e controllo sulle destinazioni delle risorse*, *op. cit.*

financeira determinada pela lei orçamentária anual. Em definitivo, os magistrados afirmaram que a efetividade do direito ao estudo da parte dos portadores de deficiência não pode ser financeiramente condicionada, isto é, o direito fundamental *de quo* não pode ser sacrificado pelo equilíbrio orçamentário

O legislador nacional foi chamado, portanto, a alcançar uma situação de equilíbrio financeiro por meio de uma atenta e seletiva programação dos objetivos perseguidos. Em primeiro lugar, devem ser satisfeitas as exigências ligadas aos direitos fundamentais e, depois, se há recursos e se alcançado o equilíbrio orçamentário, as exigências consideradas menos prioritárias e fundamentais. Esta visão garantista pode ser encontrada em outra recente sentença da Corte Constitucional, que, referindo-se ao serviço sanitário nacional, estabelece que os níveis essenciais de assistência (que são os serviços e as prestações que o serviço sanitário nacional deve oferecer a todos os cidadãos) não podem ser expostos ao andamento variável da disponibilidade dos recursos públicos, mas devem ser necessariamente assegurados. (Corte Constitucional, 21 de Julho de 2020, n. 157).

## **5. O *Ufficio Parlamentare di Bilancio* e o Tribunal de Contas**

O *Fiscal compact*, como anteriormente afirmado, demandou dos Estados signatários a instituição de um organismo independente de fiscalização, em nível nacional, para o cumprimento das restrições impostas pelo ordenamento europeu. Restrições, como o equilíbrio orçamentário, que estão fundadas numa “estimativa” (particularmente do Produto Interno Bruto)<sup>40</sup> que apresenta elevada margem de incerteza e em relação ao modelo de cálculo não há unanimidade no âmbito da ciência econômica.

Especificamente a Itália, em observância do *Fiscal compact*, com a citada lei constitucional n. 1/2012 e a sucessiva lei n. 243, de 2012, instituiu o *Ufficio Parlamentare di Bilancio* (cuja tradução em português é Departamento parlamentar de orçamento), como autoridade independente cuja função é analisar e investigar as

---

<sup>40</sup> Como antecipado, o orçamento equilibrado considera-se atingido apenas se o déficit estrutural do Estado è pare al objetivo a médio prazo, específico para o País com un *deficit* que não excede 0,5% do PIB..

previsões macroeconômicas e de finança pública do Governo, bem como de avaliar o cumprimento das regras orçamentárias nacionais e supranacionais.<sup>41</sup>

Portanto, no ordenamento italiano, o Departamento parlamentar orçamentário une-se ao Tribunal de Contas, como outro órgão independente para a fiscalização das contas públicas, razão pela qual é importante estabelecer as relações entre as duas instituições a fim de criar formas de conexão eficazes, inclusive porque no Regulamento UE 473/2013<sup>42</sup> exprime-se a necessidade de conceber os entes de fiscalização “considerando o enquadramento institucional existente e a estrutura administrativa do Estado membro interessado” (considerando 17), o testemunho da vontade do Legislador europeu dirigida a evitar a distorção da arquitetura institucional interna já existente.<sup>43</sup>

À primeira vista, o Tribunal de Contas parece ter sido aviltada no seu papel de garante das contas públicas da reforma constitucional ocorrida na Itália, tanto que – como já foi observado – a mesma lei n. 1/2012 não faz nenhuma referência.<sup>44</sup> Todavia, com uma análise mais atenta, o Tribunal de Contas resulta valorizada pela lei reforçada (“rinforzata”) n.243, de 2012 cujo artigo 20 atribuiu-lhe o controle sucessivo sobre o orçamento das regiões, dos entes locais e das administrações públicas não territoriais a fim de coordenação da finança pública e do equilíbrio orçamentário.<sup>45</sup>

Ademais, inclusive o d.L 174/2012, convertido com modificações na lei 213/2012, restitui ao Tribunal de Contas um papel central em tem a de finança pública, enquanto determina o controle sobre a inteira gestão financeira das Regiões às seções regionais da mesma Corte e reforça o sistema de controles sobre entes locais e a disciplina para os entes a risco de insolvência.

---

<sup>41</sup> D. CABRAS, *Un Fiscal Council per l'Italia*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, G. M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Costituzione e pareggio di bilancio*, Il Filangieri, Quaderno 2011, Jovene, 2012, 177 ss.

<sup>42</sup> Sobre o tema, C. FASONE, *Corte dei Conti V. Ufficio parlamentare di bilancio?* 2013, in [www.iris.luiss.it](http://www.iris.luiss.it), segundo o qual os dois órgãos devem colocar-se em posição recíproca, em relação que se aplique o princípio da colaboração institucional.

<sup>43</sup> Diferentemente da Itália, mas sempre no que tange ao vínculo europeu, a França evitou de instituir um novo organismo independente, escolhendo de atribuir ulteriores funções ao Tribunal de Contas. Em específico, previu o denominado Alto Conselho de Finanças Públicas, instituto do Tribunal de Contas, presidido pelo presidente da última, com apenas quatro componentes sobre dez nomeações parlamentares.

<sup>44</sup> Nesse sentido, N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, G. M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Costituzione e pareggio di bilancio*, cit., 137.

<sup>45</sup> Esclarece-se que, inicialmente, foi determinado ao Tribunal de Contas também o poder de controle preventivo sobre as propostas orçamentárias de previsão elaboradas pelas Juntas regionais. Todavia, a norma foi retirada do texto de lei porque era suscetível de ser declarada inconstitucional por violação do artigo 100, parágrafo segundo, da Constituição que se refere exclusivamente ao controle preventivo de legitimidade dos atos de governo.

Por último, vale a pena sublinhar o referido poder do Tribunal de Contas de suscitar questões a respeito da legitimidade constitucional; poder que não é atribuído ao departamento parlamentar de orçamento. Essa é a importância do Tribunal de Contas que, portanto, continua a desenvolver um papel fundamental para a tutela do equilíbrio orçamentário. Sobre o assunto, significativa é a sentença 26 março de 2013, n. 60 com a qual a Corte Constitucional definiu o Tribunal de Contas um garante do equilíbrio econômico-financeiro do complexo das administrações públicas para a tutela da unidade econômica da República.

## 6. Bibliografia

- ALTIERI A., *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Giuffrè, Milano 2012.
- BILANCIA F., *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012.
- BOTTINO G., *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017.
- BRANCASI A., *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2012.
- CABRAS D., *Un Fiscal Council per l'Italia*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, G. M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Costituzione e pareggio di bilancio*, Il Filangieri, Quaderno 2011, Jovene, 2012.
- CARBONE G., *Corte dei conti*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000
- CARLASSARRE L., *Priorità costituzionali e controllo sulle destinazioni delle risorse*, 4 giugno 2013, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).
- CIMINI S., *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2003.
- CIMINI S., *Equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, in *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020 (anche in [www.spisa.unibo.it](http://www.spisa.unibo.it)).
- CIMINI S., *La responsabilità amministrativa e contabile*, in G.F. FERRARI, E. MADEO (a cura di), *Manuale di Contabilità pubblica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.
- CIMINI S., VALENTINI F., *I vincoli di bilancio dell'Europa del XXI secolo: le conseguenze sulla sovranità finanziaria dell'Italia*, in A. CICCARELLI, T. FORCELESE, (a cura di), *L'Europa del XXI secolo. Il futuro dell'Unione Europea tra convergenze politico-istituzionali e integrazione socio-economica*, editoriale scientifica, 2015.
- CIOLLI I., *I paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, In *Rivista AIC*, n. 1/2012.
- COLOMBINI G., *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in [www.federalimsi.it](http://www.federalimsi.it), 2017.

- COLOMBINI G., *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost.*, in *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria. Atti del convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile*, Milano, 2019.
- DE GIORGI CEZZI G., PAPA M., *Il danno da elusione del patto di stabilità interno e dell'equilibrio di bilancio*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, a cura di MIRABELLI C., SCHLITZER E.F., Napoli, 2018.
- DEGNI M, DE IOANNA P., *Il bilancio è un bene pubblico. Potenzialità e criticità delle nuove regole del bilancio dello Stato*, Roma, 2017.
- DE GRAZIA D., *L'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione (tra vincoli europei e zelo del Legislatore)*, in *Giur. Cost.*, 2012.
- DELLA CANANEA G., *Il patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, in *Rivista di diritto finanziario e Scienza delle finanze*, n. 4, 2001.
- DELL CANANEA G., *Dal pareggio di bilancio all'equilibrio della finanza pubblica*, in *Corte costituzionale, Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria. Atti del convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile*, Milano, 2019.
- DI GASPARE G., *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011.
- FASONE C., *Corte dei Conti V. Ufficio parlamentare di bilancio?*, 2013, in [www.iris.luiss.it](http://www.iris.luiss.it).
- FERRAN ELLIS, *Crisis-Driven EU Financial Regulatory Reform*, Cambridge University Press, 2012.
- FRACCHIA F., *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale, di controllo, di consulenza e di certificazione*, in *Diritto dell'economia*, 2014
- FRACCHIA F., *Corte dei Conti*, 15 aprile 2019, in *Diritto on line*, [www.treccani.it](http://www.treccani.it)
- GALLO C.E., *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione*, in L. CAVALLINI CADEDDU, C. E. GALLO, M. GIUSTI, G. LAUDU, M. V. LUPÒ AVAGLIANO, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, IV, Giappichelli, 2009.
- GIULIETTI W., *Funzione politica del bilancio e tutela dell'interesse finanziario tra tecnica e diritto*, in *Dir. econ.*, 2019.
- GIULIETTI W., TRIMARCHI M., *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2016.
- GIUPPONI T. F., *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. Cost.*, 2014.
- GOLINO G., *I vincoli di bilancio tra dimensione europea e ordinamento nazionale*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).
- IMPERIALI S., *La giurisdizione della Corte dei Conti nelle materie di contabilità pubblica*, 10 dicembre 2016, in [www.contabilità-pubblica.it](http://www.contabilità-pubblica.it).

- LADU G., *Il sistema dei controlli*, in L. CAVALLINI CADEDDU, C. E. GALLO, M. GIUSTI, G. LADU, M. V. LUPÒ AVAGLIANO, *Contabilità di Stato e degli Enti pubblici*, IV, Giappichelli, 2009.
- LO CONTE G., *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2015.
- LUCIANI M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regione (a proposito dell'art. 117, co. 2, lett m) della Costituzione)*, in *San. Pubbl.*, 2002.
- LUCIANI M., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015
- LUPO N., *Un "eccesso di delega" rilevato in un conflitto di attribuzioni promosso dalla Corte dei Conti. Nota a Corte Cost. 139/2001*, in [www.bpr.camera.it](http://www.bpr.camera.it).
- LUPO N., *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in LIPPOLIS V., LUPO N., G. SALERNO M., SCACCIA G. (a cura di), *Costituzione e pareggio di bilancio*, Il Filangieri, Quaderno 2011, Jovene, 2012.
- MERUSI F., *I servizi pubblici negli anni ottanta*, in *Quad. reg.*, 1985.
- MONORCHIO A., MOTTURA L. G., *Compendio di contabilità di stato*, settima edizione, Cacucci editore, 2018.
- MORRONE A., *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 24 gennaio 2014, n. 1/2014.
- PASSALACQUA M., *Pareggio di bilancio contro intervento pubblico nel nuovo art. 81 della Costituzione*, in [www.uniss.it](http://www.uniss.it).
- PEREZ R., *Il patto di stabilità e crescita: verso un patto di flessibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2, 2004.
- POLICE A., *La natura della responsabilità amministrativa*, in G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Cedam, Padova 1997.
- POLICE A., *Le responsabilità per danno agli equilibri di finanza pubblica*, in *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.
- RIVOSECCHI G., *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007.
- RIVOSECCHI G., *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *iRivista AIC*, n. 3/2012.
- SANTORO P., *Le due anime del giudizio di parificazione, L'approccio giustizialista*, 2 maggio 2018, in [www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it);
- SCACCIA G., *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista*, n. 3/2012, 25 settembre 2012, in [www.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it).
- SIKERA A, MANZETTI V., *Gli Organismi indipendenti di bilancio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017
- SCOCA F.G., *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *AA.VV., Responsabilità amministrativa*

*e giurisdizione contabile (a un decennio dalle riforme)*, Atti dl LI° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 15 - 17 settembre 2005, Milano 2006.

SCOCA, F.G., *La lunga "gestazione" della responsabilità amministrativa*, in *Studi in onore di G. Guarino*, vol. III, 1998

TIGANO F., *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2006.

TOSATO G.L., *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: interazione fra livelli europeo e interno*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

TRIMARCHI M., *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto comunitario*, n. 3-4/2017.

WEBER A., *Die reforme der Wirtschafts und Währungsunion in der Finanzkrise*, in *Euzw*, n. 24/2011, 940.

## DIRIGENZA PUBBLICA ED ENTI LOCALI: UN'AMMINISTRAZIONE «ALTRA»

Francesco Fabrizio Tuccari

**ABSTRACT** [ITA]: *Il rapporto tra politica e burocrazia negli enti locali, che si compendia nella particolarità degli assetti di disciplina della dirigenza, costituisce lo specchio di un modello di amministrazione «altra» rispetto a quello degli apparati centrali dello Stato. Nel sistema locale, infatti, a livello sia di ordinamento che di concreto amministrare, politica e burocrazia sono molto più vicine che altrove, potendo nei Comuni "minori" giungere perfino a identificarsi per legge. Al di là di quest'ipotesi estrema, sembra comunque difficile, considerando il principio di realtà, accedere all'idea di una separazione tra politica e burocrazia; nondimeno l'attuale modello della distinzione funzionale, qualora lo si intenda mantenere, va rafforzato mediante una serie di "accorgimenti" di sistema, comprensivi anche del sapiente utilizzo del principio di ragionevolezza in chiave tanto normativa quanto amministrativa.*

**ABSTRACT** [ENG]: *The relationship between politics and bureaucracy in local authorities, which is summed up in the particularity of the regulations of the management, is the mirror of a model of administration «other» than that of the central apparatuses of the State. In the local system, in fact, at the level of both the legal system and the daily administration, politics and bureaucracy are much closer than elsewhere, being able in the "minor" municipalities to even identify themselves by law. Beyond this extreme hypothesis, it seems difficult, like the principle of reality, to succumb to the idea of a separation between politics and bureaucracy; and yet the model of functional distinction, if one intends to maintain it, should be reinforced, by a series of system "measures", including the wise use of the principle of reasonableness in a key both normative and administrative.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** Dirigenza, politica e amministrazione. – **3.** La dirigenza negli enti locali. – **4.** La dirigenza locale tra principio di realtà e principio di ragionevolezza.

## 1. Introduzione.

È fenomeno comune a molti ordinamenti giuridici, tra cui anche quello italiano, che i principali fermenti di novità nascano sovente in ambito settoriale, dove trovano fertile *humus* per poi svilupparsi e risalire verso contesti più ampi che vanno a informare e permeare di sé.

Lasciando da parte il caso emblematico del diritto dell'ambiente, divenuto oramai da tempo vera e propria "sonda" rispetto al «diritto amministrativo generale, e anzi» al «diritto pubblico *tout court*»<sup>1</sup>, un altro esempio, di certo non così eclatante ma non perciò meno significativo, è costituito dall'ordinamento degli enti locali, in cui spesso vengono anticipate impostazioni e soluzioni poi recepite e fatte proprie anche a livello statale.

Ciò è quanto si è verificato anche in tema di dirigenza pubblica, come stanno ad attestare le vicende riguardanti le riforme degli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, i cui assetti di disciplina hanno tratto origine dalla l. n. 142/1990, alla quale sono stati improntati, quasi in rapporto di presupposizione-conseguenzialità, gli interventi di lì a poco effettuati mediante la l. n. 421/1992 e il d.lgs. n. 29/1993<sup>2</sup>.

Sennonché i successivi sviluppi hanno consegnato al sistema un modello di dirigenza locale con caratteristiche peculiari e in qualche modo a sé stanti<sup>3</sup>, le quali non sono state scalfite neppure dagli ultimi due tentativi di revisione organica e strutturale della materia<sup>4</sup>; ché anzi il primo di essi, in linea con quanto si è detto qui

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta"*, in *Riv. Giur. urb.*, 2020, 14 ss., spec. 18.

<sup>2</sup> L'affermazione è costante nella letteratura scientifica sull'argomento: cfr., per tutti, almeno V. OTTAVIANO, *Rilievi in tema di «dirigenza» di comuni e province ex art. 51 l. 8 giugno 1990, n. 142*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Virga*, Giuffrè, Milano, 1994, II, 1228 ss.; G. PITRUZZELLA, *La dirigenza degli enti locali*, *ivi*, 1418 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il problema della dirigenza locale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 1995; L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale tra «rapporto di fiducia» e «principio di separazione» delle funzioni politico-amministrative e gestionali*, in *Le Reg.*, 2002, 1, 51 ss.; M. RUSCIANO, *La dirigenza pubblica locale: tra vecchie impostazioni e nuove tendenze*, in *Lav. p.a.*, 2002, 5, 893 ss.; G. NICOSIA, *L'alta dirigenza locale: il rapporto di lavoro del segretario comunale e provinciale*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, UTET, Torino, 2004, V, 1, 1029 ss.; M. IMMORDINO, M. RAGUSA, *La dirigenza negli enti locali*, in M.P. CHITI, R. URSI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Torino, 2007, 230 ss.; E. GRAGNOLI, *Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2007, 1, 38 ss.; A. FILIPPINI, *L'impatto del d.lgs. n. 150/2009 sulla dirigenza dell'ente locale, tra diretta applicabilità e necessità di coordinamento normativo*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2010, 2, 421 ss.; A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; G. GARDINI, *La dirigenza locale in bilico tra uniformità e specialità. Una riflessione alla luce della proposta di riforma Madia*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2016, 1-2, 157 ss.

<sup>3</sup> Cfr., per tutti, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, cit., *passim* e, spec., 295 ss.

<sup>4</sup> Ci si riferisce alla riforma avviata mediante la l. n. 124/2015, proseguita con la redazione dello schema di decreto legislativo «Disciplina della dirigenza della Repubblica» (Atto del Governo n. 388), interrotta dapprima per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016 e poi a causa della fine della legislatura; nonché

in apertura, aveva inizialmente assunto come parametro di riferimento a cui conformare i diversi possibili modelli di dirigenza pubblica proprio quello della dirigenza locale, salvo fare *dietrofront* per la consapevolezza nel frattempo acquisita che il percorso così intrapreso, lungi dal favorire la programmata *reductio ad unitatem*, avrebbe finito per renderla, semmai, ancora più difficoltosa<sup>5</sup>.

Ciò, per un verso, ha comportato l'interruzione di quel processo in senso ascendente dall'ordinamento locale a quello statale e, per altro verso, ha fatto del vigente modello di dirigenza locale una sorta di epitome delle differenze di fondo intercorrenti tra l'amministrazione centrale dello Stato e quella locale: la prima, tipicamente burocratica, di regola medio-grande e in cui l'indirizzo, oltre a promanare da un'unica fonte<sup>6</sup>, rimane distinto dall'amministrazione; la seconda, per la più parte "di servizio", dalle dimensioni più ridotte e in cui alla pluralità delle fonti d'indirizzo<sup>7</sup> si accompagna l'incorporazione di quest'ultimo nell'amministrazione<sup>8</sup>, incorporazione che si è rilevato da più parti rappresentare la primaria cifra distintiva degli enti locali<sup>9</sup>.

Queste differenze, rilevanti soprattutto sul piano dell'organizzazione e della responsabilità di risultato per effetto degli interventi normativi succedutisi in

alla riforma avviata mediante il d.d.l. «Deleghe al Governo per il miglioramento della pubblica amministrazione» (A.S. n. 1122), all'esame dell'11<sup>a</sup> Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) in sede referente, fermo dal 30 luglio 2019 (data dell'ultima seduta sull'argomento).

<sup>5</sup> Si tratta della richiamata l. n. 124/2015, su cui cfr., senza pretesa di esaustività in relazione allo specifico argomento, S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, in G. DELLA TORRE (coord.), *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di Studi amministrativi (Varenna, 22-24 settembre 2016), Giuffrè, Milano, 2017, 641 ss.; A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2017, num. un., 46 ss.; M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2018. L. CASINI, *Politica e amministrazione: the «Italian Style»*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 13 ss., spec. 32, rileva che la l. n. 124/2015 risultava «plasmata eccessivamente sul modello della dirigenza locale, poco adatto a quello statale [...]. Il decreto attuativo è stato perciò, sin dall'inizio del suo iter, scritto con l'intento di correggere le rigidità — e le storture, quando non addirittura le vere e proprie «trappole» [...] — stabilite dalla delega». Sui vari modelli di dirigenza pubblica e sui relativi regimi giuridici, cfr., per tutti, A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica. Contributo ad uno studio del rapporto di "autonomia strumentale" tra politica e amministrazione*, Jovene, Napoli, 2002; A. DI CASOLA, *Le dirigenze pubbliche nei recenti interventi normativi: funzioni e rapporto con la politica*, in *Ist. fed.*, 2009, 5-6, 1031 ss.; S. BATTINI, *Al servizio della Nazione?* cit.: A D'ANDREA, *Il modello legislativo della dirigenza pubblica*, Aracne, Roma, 2013.

<sup>6</sup> Ossia il Ministro.

<sup>7</sup> Ovvero Consiglio, Sindaco o Presidente della Provincia, Giunta e Assessori.

<sup>8</sup> Cfr., per tutti, G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, CEDAM, Padova, 1969, 46 ss.; G. PALMA, *Indirizzo politico statale e autonomia comunale. I tratti di una parabola concettuale*, Jovene, Napoli, 1982; P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Franco Angeli, Milano, 2011, spec. 67 ss.

<sup>9</sup> L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale*, cit., 22; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Dir. pub.*, 2009, 1, 101 ss., spec. 106.

materia di enti locali a partire dalla l. n. 81/1993<sup>10</sup>, rimandano in blocco al problematico rapporto tra politica e amministrazione<sup>11</sup>, su cui pertanto ci si deve ora concentrare.

## 2. Dirigenza, politica e amministrazione.

Tale rapporto, che rappresenta la cartina di tornasole dell'essere, dello strutturarsi e dell'agire amministrativo<sup>12</sup> e che si riflette a cascata sulle relazioni interne alle

<sup>10</sup> P. BARBERA, *Intervento. La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2005, spec. 1056, evidenza «le forti differenze che si registrano – nella riflessione sulla dirigenza pubblica – tra le amministrazioni locali e le amministrazioni centrali dello Stato», rivenienti sia dalla possibilità che «gli enti locali hanno avuto [...], almeno dal 1993, di innovare di più, prima e più radicalmente, nei propri modelli organizzativi», sia dal fatto che «la stessa nozione di amministrazione è diversa nelle istituzioni locali piuttosto che nello Stato. Il nuovo articolo 118 della Costituzione e le leggi di trasferimento delle funzioni della seconda metà degli anni Novanta hanno infatti prodotto e legittimato una consapevolezza della “responsabilità di risultato” che grava sull’amministratore locale – sul Sindaco o sul Presidente della Provincia – assai più forte e “stringente” di quanto accada per il Ministro».

<sup>11</sup> La bibliografia sull'argomento è vastissima: cfr. per tutti, oltre agli Autori citati nelle note precedenti, M.S. GIANNINI, *Parlamento e Amministrazione*, in *Amm. civ.*, 1961, 1, 145 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 3, 752 ss.; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, CEDAM, Padova, 1974; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1975; S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia*, in *Pol. dir.*, 1981, 2-3, 219 ss.; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 1, 162 ss.; F. MERUSI, *I rapporti tra governo e amministrazione*, in S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la Costituente*, Il Mulino, Bologna, 1993, 25 ss.; M. D'ALBERTI (a cura di), *L'alta burocrazia*, Il Mulino, Bologna, 1994; G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Pol. dir.*, 1996, 4, 529 ss.; M. CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 361 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2003; S. CASSESE, *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2005, 6, 1039 ss.; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2006; J.B. VERA, *Imparzialità vs indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 15 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione*, cit.; V. GASPARINI CASARI, *La dirigenza pubblica nel rapporto fra politica e amministrazione*, in *Dir. ec.*, 2009, 3-4, 543 ss.; A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Jovene, Napoli, 2010 (2 voll.); G.M. SALERNO, *I rapporti tra Governo e Amministrazione: spunti ricostruttivi*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2010, *Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide*, 135 ss.; B.G. MATTARELLA, *Politica e amministrazione negli enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 2, 207 ss.; M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *Nuove aut.*, 2010, 1, 86 ss.; D. MONE, *La dirigenza pubblica nell'ordinamento italiano attraverso il difficile rapporto tra politica e amministrazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 5, 527 ss.; V. FANTI, *Politica e amministrazione tra storia e attualità: a proposito della figura del dirigente pubblico*, *ivi*, 817 ss.; M.C. CAVALLARO, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, in *La dirigenza locale*, cit., 1 ss.; L. ORNAGHI, *Sui confini dell'amministrazione e della politica odierna*, in *Ammin.*, 2016, 2, 299 ss.; V. CERULLI IRELLI, D. COLAROSSO, *L'amministrazione e il potere politico (ordinamenti a confronto)*, Giappichelli, Torino, 2018; L. CASINI, *Politica e amministrazione*, cit.; F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in *Pers. e amm.*, 2019, 1, 109 ss.

diverse componenti della burocrazia<sup>13</sup>, è infatti il vero e proprio cardine degli assetti della dirigenza pubblica.

La formale impostazione e il concreto svolgimento di questo rapporto, considerati in sé e messi in chiave tra loro, fanno registrare, per un verso, non secondarie differenze tra ordinamento statale e ordinamento locale e all'interno di ciascuno di essi; e, per altro verso, l'emergere di possibili varianti rispetto agli oramai consolidati modelli dicotomici<sup>14</sup> della separazione-subordinazione, dell'interconnessione-distinzione e dell'osmosi-sovrapposizione, osservati sia a livello teorico, dunque puristicamente, sia a livello normativo, quindi al lordo delle contaminazioni imposte dalla conformazione dei contesti ordinamentali di riferimento<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Einaudi, Torino, 1991, 348, evidenzia come nel rapporto tra politica e amministrazione sia «riflesso [...] nell'ordinamento giuridico uno dei maggiori problemi sociali del nostro tempo. Quello di contemperare tre diverse e contrastanti esigenze. Da una parte, la necessità di assicurare una guida dell'amministrazione. Dall'altra quella di isolare l'amministrazione dall'abuso della politica. Dall'altra, ancora, quella di assicurare che l'amministrazione soddisfi le richieste della società»; L. CASINI, *Politica e amministrazione*, cit., 1, lo qualifica come «profilo cruciale per comprendere i vizi e le virtù della pubblica amministrazione».

<sup>13</sup> Ossia politico-fiduciaria, amministrativo-professionale e di raccordo-snodo: in argomento cfr., per tutti, S. CASSESE, *La carriera del burocrate: dirigenza politica e dirigenza amministrativa*, in L. VISENTINI (a cura di), *Lavoro, professionalità e carriera nella pubblica amministrazione*, Franco Angeli, Milano, 1982, 105 ss.; F. MERLONI, *Organizzazione amministrativa e garanzie dell'imparzialità. Funzioni amministrative e funzionari alla luce del principio di distinzione tra politica e amministrazione*, in *Dir. pub.*, 2009, 1, 57 ss.; M. MACCHIA, *La (mancata) separazione: gli uffici di raccordo politico-amministrativo*, in L. CASINI (a cura di), *Venti anni di politica e amministrazione in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2017, 125 ss.

<sup>14</sup> Sul passaggio dal modello originario, che concepiva la politica e l'amministrazione come una sorta di monolite, a quello dicotomico, nonché sulle varie accezioni assunte da quest'ultimo in seno alla letteratura scientifica, cfr., per tutti, M. RIDOLFI, *La distinzione tra politica e amministrazione nella struttura e nell'organizzazione della P.A.*, in *Riv. it. pub. manag.*, 2019, 1, 97 ss., spec. 97-99.

<sup>15</sup> Com'è noto, a livello teorico, il modello della separazione-subordinazione, il cui archetipo è rappresentato dal sistema inglese fondato sulla concezione della politica come servizio neutrale al cittadino e sul principio della responsabilità ministeriale, comporta una rigida divisione tra la stessa politica, titolare delle funzioni di governo, e l'amministrazione, il cui compito è di darvi esecuzione, da posizione sottoposta e senza margine alcuno di discrezionalità, essendo quest'ultima configurabile semmai, sempre previo interfacciamento con la politica, rispetto all'adozione dei singoli atti gestionali. Il modello dell'interconnessione-distinzione, il cui archetipo è rappresentato dal sistema francese imperniato sulla fiduciarietà e sulla conseguente continuità tra politica e amministrazione, ne implica la più semplice distinzione, sicché *i*) non esiste una vera e propria differenziazione tra attività d'indirizzo e attività di gestione, giacché l'una ben può recare elementi che a rigore sarebbero propri dell'altra e viceversa, *ii*) l'amministrazione, organizzata gerarchicamente e responsabile verso la politica, non ha compiti meramente esecutivi, essendole consentita l'assunzione di scelte discrezionali anche riguardo agli indirizzi da attuare. Il modello dell'osmosi-sovrapposizione, il cui archetipo è rappresentato dal sistema statunitense fondato su di un'ancora più forte e intensa fiduciarietà rispetto a quella che caratterizza il modello dell'interconnessione-distinzione e sulla conseguente (pressoché) inscindibile continuità tra politica e amministrazione, al punto che quest'ultima si profila come una sorta di filiazione di quell'altra, con cui nella sostanza finisce per coincidere. Il passaggio dai modelli teorici a quelli normativi comporta quasi sempre la necessità di apportare adattamenti e correttivi in funzione di variabili legate alla forma di Stato, di governo, *etc.*, come sta ad attestare per tutte l'esperienza italiana, in cui si registra il passaggio dal modello cavouriano dell'osmosi-sovrapposizione a quello dell'interconnessione-distinzione delle riforme avviate nel 1992-1993. In argomento, per un'utile prospettiva d'insieme, cfr., per tutti, C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione?* in *Riv. trim. dir. pub.*, 1994, 1, 151 ss.; L.

Ora, la sola idea di una totale e assoluta separazione tra politica e amministrazione, perorata in passato con pluralità di accenti a tutela di questa da quella<sup>16</sup> ma talvolta anche nella prospettiva inversa<sup>17</sup>, oggi viene convenzionalmente ritenuta impraticabile quando non perfino utopistica<sup>18</sup>.

Ciò a causa di evidenti necessità di contemperamento (più che di vero e proprio bilanciamento)<sup>19</sup> tra esigenze diverse: da un lato, quella di dare attuazione ai principi di imparzialità, buon andamento ed esclusività che innervano la concezione della burocrazia come freno a un indirizzo ministeriale difforme da quello parlamentare<sup>20</sup> e, con voci critiche, quale garante degli «interessi rimasti esclusi al livello politico»<sup>21</sup>; dall'altro le esigenze, rivenienti dai principi democratico e di sovranità popolare e potenziate dal principio di autonomia, di consentire la realizzazione del programma di governo, ancorando la legittimazione del potere amministrativo, a tal fine

---

TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, CEDAM, Padova, 2000, 13 ss.; C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *St. parl. e di pol. cost.*, 2011, 1-2, 147 ss.

<sup>16</sup> In Italia, tra i più noti fautori di una rigida separazione tra politica e amministrazione, M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Zanichelli, Bologna, 1881; S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, Einaudi, Torino, 1949; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit. Con riferimento ad altre esperienze, come ad esempio quella statunitense, cfr. W. WILSON, *Congressional Government A Study in American Politics*, Houghton Mifflin, New York, 1885; ID., *The Study of Administration*, in *Pol. Sc. Quart.*, 1887, 2, 197 ss., per il quale una netta separazione tra politica e amministrazione era necessaria per incrementare la professionalità e la responsabilità dell'apparato burocratico, nonché F.J. GOODNOW, *Politics and Administration. A Study in Government*, Macmillan, London, 1914, che limitava la separazione alla burocrazia "professionale", evidenziando la necessità che la burocrazia "politica" fosse subordinata alla politica e da questa controllata, pena altrimenti il rischio di inefficienza legato all'acquisita consapevolezza, da parte dei funzionari, di essere soltanto una catena di trasmissione degli ordini della politica.

<sup>17</sup> M. WEBER (berb.), *Grundriss der Sozialökonomik. III. Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr (Siebeck), Tübingen, 1922, il quale, dato e preso atto dell'estrema debolezza della classe politica, riteneva che la separazione potesse costituire la più efficace garanzia dal rischio di un governo a totale trazione burocratica (*Beamtenherrschaft*).

<sup>18</sup> R. LEONARDI, *Il principio della separazione della politica dall'amministrazione: alla ricerca del confine tra realtà e utopia* (commento a Tar Friuli-Venezia Giulia, 25 marzo 2002, n. 141), in *Foro amm. TAR*, 2002, spec. 1226.

<sup>19</sup> Si ritiene preferibile esprimersi in termini di "contemperamento" anziché di "bilanciamento", vocabolo invero molto più utilizzato, in considerazione della ravvisata «persistente ambiguità» di quest'ultimo, che evoca l'«attribuire un peso, un valore, ad un principio rispetto ad un altro, il che implica che il principio cui viene attribuito *minor valore* viene sacrificato, accantonato, mentre l'altro prevale, ma anche nel senso» appunto di contemperamento, che invece richiama l'individuare «una soluzione *mediana* che tenga conto di entrambi i principi in conflitto e che [...] li applichi o li sacrifichi entrambi» (corsivi originali): così G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Rag. prat.*, 2005, 2, 335 ss., spec. 335, che intende il bilanciamento esclusivamente nel primo significato; sulla differenza tra "contemperamento" e "bilanciamento", R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, 230.

<sup>20</sup> G. PASTORI, *La burocrazia*, CEDAM, Padova, 1967, ne evidenzia il ruolo di «fattore di riequilibrio costituzionale» e di «controlimita verso il potere politico».

<sup>21</sup> Così M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, Torino, 2000, 238, il quale evidenzia come questa concezione dell'amministrazione sia illusoria, rilevando che, «se per imparzialità si intende l'esigenza di farsi carico di tutti gli interessi, la politica democratica degli stati pluriclasse ha costituito l'esempio di maggiore imparzialità di cui si abbia conoscenza nella storia delle nostre istituzioni. Sarebbe semmai l'amministrazione, chiusa in una concreta autonomia in luogo di una supposta ideale apertura, a mostrarsi nella veste di una preclusiva parzialità»; e, in questa prospettiva, sostenendo la necessità «di una diffusione della sfera politica, come del resto si era fatto nei decenni passati» (240).

occorrente, alle «forme» e ai «limiti» del dettato costituzionale, ossia al necessario suo passaggio attraverso il circuito politico<sup>22</sup>.

Tutte queste esigenze, frutto della ravvisata compresenza nella Carta costituzionale di più modelli di amministrazione o di un unico modello diversamente articolato in più parti<sup>23</sup>, hanno inevitabilmente inciso sulle dinamiche evolutive del rapporto in parola; ragion per cui negli apparati centrali dello Stato la burocrazia, per lungo tempo rimasta confinata nella dimensione della mera esistenza rispetto alla politica, ha poi acquisito un certo grado sì di autonomia, senza però divenire né del tutto autonoma né indipendente dalla stessa<sup>24</sup>.

In tale prospettiva, il «passaggio [...] dal modello [...] “a responsabilità ministeriale”», in cui la relazione gerarchica tra politica e amministrazione era controbilanciata dalla totale stabilità della burocrazia<sup>25</sup>, «al modello “a competenze differenziate”»<sup>26</sup>, attuativo anche del principio di responsabilità del funzionario<sup>27</sup> e in cui pesi e contrappesi cambiano in maniera non sempre coerente, appare come un affiancamento di un modello a un altro piuttosto che come un «definitivo superamento» di un modello in favore dell'altro<sup>28</sup>; affiancamento che, per giunta, assomiglia a una combinazione di semplici insiemi, anziché a una vera e propria messa a sistema del quadro articolato e complesso che ne è così scaturito.

La conferma dell'assunto sembra potersi ritrarre sia dalla timidezza delle aperture iniziali nei confronti della dirigenza recate dal D.P.R. n. 748/1972<sup>29</sup>, sia dalla discrepanza tra l'affermazione, tanto lapidaria quanto apparentemente assoluta, della separazione tra politica e amministrazione contenuta nelle l. n. 421/1992 e 59/1997<sup>30</sup>, da un lato, e la declinazione sul piano esclusivamente funzionale invece

<sup>22</sup> M. MAZZAMUTO, *La riduzione*, cit., 232-234.

<sup>23</sup> Seguendo l'impostazione di M. NIGRO, espressa negli scritti citati a nota n. 11. Si tratta dei modelli (o del modello), in ordine cronologico di affermazione e sviluppo, di amministrazione «servente» ex art. 95, «autocefala» ex art. 97 e «autonoma» ex art. 5 della Carta fondamentale.

<sup>24</sup> V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione*, cit., 106 e 131, il quale evidenzia l'assenza, in Costituzione, di un'indicazione in tal senso.

<sup>25</sup> Imperniata sulla legge e sull'applicazione, a livello organizzativo, dei principi e delle regole di diritto pubblico: in argomento, per tutti, A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2018; E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione: un modello da perfezionare?* in *Dir. pub.*, 2018, 3, 827 ss., spec. 833.

<sup>26</sup> In argomento, S. RAIMONDI, *Dirigenza* (voce), in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1989, XI, 1 ss.; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 29.

<sup>27</sup> Per una lettura a sistema degli artt. 97, comma 2 e 28 Cost., G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 177 ss., nonché M.C. CAVALLARO, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, cit., 3, «[...] non è tanto o non è solo l'esigenza di un'amministrazione imparziale che impone l'attribuzione in capo ai dirigenti dell'attività di gestione; ma è soprattutto la previsione di una responsabilità [...] di ciascun funzionario [...] che presuppone che lo stesso eserciti concretamente l'attività amministrativa» (corsivo originale).

<sup>28</sup> E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione*, cit., 833.

<sup>29</sup> Fondate sui criteri di riparto del valore e del carattere discrezionale o meno dell'atto, per cui i dirigenti erano competenti ad adottare atti di minor valore e a carattere vincolato o a basso livello di discrezionalità.

<sup>30</sup> Art. 2, co. 1, lett. g), n. 1) l. n. 421/1992 e art. 11, co. 4, l. n. 59/1997.

offertane dal d.lgs. n. 29/1993<sup>31</sup> nonché, sia pure con maggior forza e intensità, dagli interventi legislativi successivi<sup>32</sup>, dall'altro. Interventi tutti questi che, raccogliendo le indicazioni del diritto vivente, l'hanno denominata «distinzione»<sup>33</sup>, locuzione che più e meglio ne rispecchia l'effettiva maggior elasticità e consonanza al corrispondente modello teorico che non a quello della separazione vera e propria<sup>34</sup>.

Separazione funzionale o distinzione che dir si voglia, essa ha suscitato l'idea di un sostanziale tradimento legislativo del principio di separazione tra politica e burocrazia<sup>35</sup>, per non esserne stati percorsi gli altri possibili più elevati gradi, in particolare quello immediatamente successivo della separazione «strutturale» o della «distinzione presa sul serio»<sup>36</sup>, inteso come irrinunciabile *standard* di effettività del principio stesso<sup>37</sup>; e ciò anche perché la separazione funzionale-distinzione ha spesso

<sup>31</sup> Art. 3.

<sup>32</sup> Sul rafforzamento del principio di separazione ad opera del d.lgs. n. 165/2001, Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2009, n. 3010, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per una prospettiva di sintesi, P. CHIRULLI, *Dirigenza pubblica (riforma della)* (voce), in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2001, XI, 1 ss.

<sup>33</sup> Art. 4, co. 4, d.lgs. n. 165/2001 e art. 37, co. 1, d.lgs. n. 150/2009.

<sup>34</sup> Per la differenza tra la separazione e la distinzione cfr. nota 15). In argomento v. per tutti, in giurisprudenza, Corte cost., 15 ottobre 1990, n. 453, in *Giur. cost.*, 1990, 6, 2723 ss. con commento di C. PINELLI, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*; Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina, C. ROEHRSEN DI CAMMARATA, *Della distinzione tra governo e amministrazione*, in *Riv. amm.* 1991, 204; F. MERLONI, *Amministrazione «neutrale» e amministrazione imparziale (A proposito dei rapporti tra «politica» e «amministrazione»)*, in *Dir. pubbl.* 1997, 1, spec. 322; B. DENTE, *In un diverso Stato*, il Mulino, Bologna, 1999, 21 ss.; P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005; F. BASSANINI, *I principi costituzionali e il quadro istituzionale: distinzione fra politica e amministrazione, autonomia e responsabilità della dirigenza*, in G. D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, il Mulino, Bologna 2008, 31 ss.; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2018, 1, pp. 26; E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione*, cit.; ID., *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione. La riserva di indirizzo come nuovo punto logico di partenza*, Maggioli, Rimini, 2020.

<sup>35</sup> Tanto più considerandone la dichiarata natura di principio fondamentale ai sensi dell'art. 117 Cost. e di norma di riforma economico-sociale, così come previsto dall'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 165/2001.

<sup>36</sup> F. MERLONI, *Distinzione tra politica e amministrazione e spoils system*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'Amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2007, 47 ss.; B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 2012.

<sup>37</sup> S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2012, 1, 39 ss., spec. 45. L'A. (pp. 41-43), nell'illustrare il documento *Le norme costituzionali sulla pubblica amministrazione. Presentazione della proposta per la Commissione bicamerale per le riforme istituzionali* – che può leggersi in S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione*, cit., 1 ss. – individua quattro gradi di separazione: il primo (c.d. «funzionale»), tra funzioni di indirizzo, appannaggio della politica, e funzioni di gestione, riservate all'amministrazione; il secondo (c.d. «strutturale»), tra funzionari e uffici «politici», che affiancano e supportano l'organo politico di vertice nella formazione degli indirizzi, e funzionari e uffici «amministrativi», che vi danno attuazione; il terzo, che rileva sullo specifico versante del rapporto di lavoro pubblico, ancora una volta tra funzioni di indirizzo, proprie della politica, e funzioni di gestione, proprie dell'amministrazione; il quarto, tra le responsabilità di risultato che fanno capo, rispettivamente, alla politica e all'amministrazione.

finito per trasformarsi di fatto in una non altrimenti precisata «commistione»<sup>38</sup>, tendente all'osmosi-sovrapposizione e – come si vedrà a breve a proposito dell'ordinamento locale – in grado di spingersi ancora oltre.

Le ragioni di questa situazione vengono convenzionalmente ascritte, anzitutto, alla scelta di un modello organizzativo ibrido come quello ministeriale<sup>39</sup>, che, in uno alla formulazione non ottimale delle disposizioni contenute nelle riforme degli anni Novanta del secolo scorso<sup>40</sup>, ha finito per impedire l'effettivo discernimento di una componente dall'altra<sup>41</sup>; in questa stessa prospettiva, altra causa efficiente viene individuata nel parallelo scarso séguito riscosso dall'amministrazione per dipartimenti e per agenzie<sup>42</sup>, la cui auspicata maggior diffusione avrebbe dovuto e potuto sortire l'effetto opposto.

A tanto si aggiunga l'incidenza di fenomeni sempre più diffusi, come l'«amministrare per legge»<sup>43</sup>, peraltro prevalentemente per decreto legge o per legge provvedimento<sup>44</sup>, con conseguente crisi dell'attività d'indirizzo, di fatto oramai appiattita sulle presupposte disposizioni normative e concentrata (meglio: sviata) su questioni di natura prevalentemente gestionale, con ogni intuibile ricaduta sulla qualità della programmazione<sup>45</sup>; il che ha inevitabilmente contribuito a rafforzare la politica e a dequotare l'amministrazione, deresponsabilizzandola quasi del tutto.

Non meno determinanti si sono rivelate le criticità relative alla formulazione e alla gestione dei meccanismi di nomina e di carriera della dirigenza<sup>46</sup>, la quale, pur a séguito della riforma del 1992-1993, fondata sul binomio “imparzialità – buon andamento”, conservava ugualmente la propria totale stabilità; per poi invece perderla sul versante del rapporto d'ufficio<sup>47</sup> per effetto della riforma del 1997, maggiormente tarata sul buon andamento *sub specie* di efficienza<sup>48</sup> e perciò

<sup>38</sup> Cons. St., sez. IV, 22 dicembre 2009, n. 8581, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Campania, Napoli, sez. V, 22 ottobre 2003, n. 13054, *ivi*; S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?* in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 1, 1 ss., spec. 6.

<sup>39</sup> V. *supra*, nota n. 15; L. SALTARI, *Dirigenza pubblica e modelli di amministrazione*, in AA.VV. *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Giuffrè, Milano, 2008, 170 ss.; L. CASINI, *Politica e amministrazione*, cit., 14 ss. e 24.

<sup>40</sup> G. FALCON, *Riforma della Pubblica Amministrazione e responsabilità della dirigenza*, in *Le Reg.*, 1998, 5, 1203 ss., spec. 1209, le cui considerazioni, espresse nei confronti del d.lgs. n. 29/1993, possono essere mutate tal quali anche nei riguardi del successivo d.lgs. n. 165/2001.

<sup>41</sup> Come rilevava già alla fine del XIX secolo E. PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare e i suoi impiegati amministrativi*, Libreria Editrice Internazionale Anacreonte Chiaruzzi, Napoli, 1899, spec. 19 ss.

<sup>42</sup> L. CASINI, *Politica e amministrazione*, cit., 14 ss. e 24.

<sup>43</sup> S. CASSESE, *Che cosa resta*, cit., 6.

<sup>44</sup> L. CASINI, *Politica e amministrazione*, cit., 16 ss.

<sup>45</sup> L. CASINI, *Politica e amministrazione*, 24-25.

<sup>46</sup> L. CASINI, *Politica e amministrazione*, 24-25.

<sup>47</sup> Stante la temporaneità dell'incarico.

<sup>48</sup> R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della pubblica amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2016, spec. 231 ss.

improntata a logiche aziendalistico-manageriali e fiduciario-personalistiche<sup>49</sup> di stampo eminentemente privatistico.

Ora, è vero che la riforma del 2009 e la normativa anticorruzione hanno introdotto, quale “contromisura”, un complesso di garanzie procedurali e di valutazione su base meritoria e oggettiva<sup>50</sup> che hanno trovato séguito e sviluppo nella parte compiuta della riforma del 2015<sup>51</sup>, così preparando il terreno per quella separazione strutturale e sul piano delle responsabilità contemplata nella parte rimasta incompiuta di tale riforma<sup>52</sup>; ma è altrettanto vero che, non essendo stato ancora percorso l’ultimo miglio in questa direzione né ricostituito il regime di totale stabilità della burocrazia, quest’ultima, soprattutto se di vertice, continua di fatto a rimanere legata a doppio filo alla politica.

In quest’ordine di idee, non può sottacersi il ruolo condizionante assunto da meccanismi come lo *spoils system* diretto e indiretto<sup>53</sup>, con la giurisprudenza (in particolare costituzionale) impegnata in una delicata, difficile e non sempre condivisa azione di apposizione di termini, se non proprio di regolamento di confini, tra *spoils system* legittimo e *spoil system* illegittimo<sup>54</sup>, tesa a circoscrivere quanto più

<sup>49</sup> A loro volta imperniate sulla “devoluzione” al contratto collettivo di aspetti delicati, come ad esempio quello sanzionatorio.

<sup>50</sup> Il complesso costituito dalla l. n. 15/2009 e dal d.lgs. n. 150/2009 proceduralizza il sistema delle nomine e delle revoche (in pendenza d’incarico), introduce e disciplina il ciclo della *performance* e “contingenta” l’utilizzo di figure dirigenziali esterne. La normativa anticorruzione prevede una serie di fattispecie d’inconferibilità e d’incompatibilità degli incarichi (d.lgs. n. 39/2013), nonché il principio di rotazione degli stessi, apponendo limiti stringenti al relativo potere di rinnovo (delibera ANAC n. 831/2016, spec. 38 ss., che subordina il rinnovo ai principi di rotazione e di concorsualità, rispetto ai quali la conferma dell’incarico, oltre a essere meramente residuale, va motivata in relazione all’alta specializzazione dei compiti dell’ufficio, alla peculiare competenza acquisita dall’interessato e ai positivi risultati raggiunti per come attestati dal sistema di valutazione della *performance*).

<sup>51</sup> La declaratoria di parziale incostituzionalità della l. n. 124/2015 (cfr. nota n. 3) non ha inciso sull’attuazione di altri importanti tasselli della riforma, come quello della disciplina del ciclo della *performance* (d.lgs. n. 74/2017) e delle modifiche al testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. n. 75/2017).

<sup>52</sup> Art. 8 e 11 l. n. 124/2015.

<sup>53</sup> F. MERLONI, *Distinzione*, cit., 48, sottolinea le «interferenze evidenti» del meccanismo dello *spoils system* sul principio di distinzione (48); L. CASINI, *Politica e amministrazione*, cit., 29 ss.; per un’utile prospettiva d’insieme, C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2017; S. NERI, *Lo spoils system: una analisi empirica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 3, 313 ss.

<sup>54</sup> Tra le tante e per tutte, Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 8, 911 ss., con commento di S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione tra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, nonché in *Giur. cost.*, 2006, 3, 2357 ss., con commento di C. PINELLI, *L’avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell’art. 97 Cost.*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2006, 1, 38 ss., con commento di E. GRAGNOLI, *Lo spoils system e l’imparzialità del dipendente degli enti locali* e in *Le Reg.*, 2007, 1, 137 ss., con commento di F. MERLONI, *Primi incerti tentativi di arginare lo spoils system nella Regioni*; 23 marzo 2007, nn. 103 e 104, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 984 ss., con commento di F.G. SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, nonché in *Le Reg.*, 2007, 5, 836 ss., con commento di F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione*; in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 12, 1307 ss., con commento di A. MASSERA, *Il difficile rapporto tra politica e amministrazione: la Corte costituzionale alla ricerca di un punto d’equilibrio*; in *Foro it.*, 2007, I, 6, 1633 ss., con commento di D.

possibile la portata del primo, limitandola alle ipotesi di decadenza automatica, per cambio di guida politica, della dirigenza apicale di nomina fiduciaria coinvolta nel processo di formazione dell'indirizzo; azione, quale che sia, il cui esito può dare (o restituire) il giusto spazio al sistema della valutazione della *performance* e della responsabilità dirigenziale, attivando (o ripristinando) l'equilibrio e il rapporto di reciproca complementarietà tra le stesse e lo *spoils system* consentito.

Nondimeno, pur a fronte di una situazione pressoché generalizzata, vi sono branche dell'amministrazione dello Stato in cui la separazione-distinzione tra politica e burocrazia non si arresta al livello funzionale ma va ben oltre, risultando improntata a tale rigidità e nettezza<sup>55</sup> da rasentare la vera e propria «frattura»<sup>56</sup>, resa

---

DALFINO, *Dirigenza regionale e dirigenza locale di vertice: il metodo delle relazioni tra politica e amministrazione e il giusto procedimento*; 24 ottobre 2008, n. 351, in *Le Reg.*, 2009, 114 ss., con commento di F. CORTESE, *Spoils system e illegittima rimozione di dirigenti pubblici: la Corte costituzionale afferma l'inderogabilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, nonché in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1, 34 ss., con commento di C. SILVESTRO, F. SILERI, *Dirigenti esterni e spoils system*; 28 novembre 2008, n. 390, in *Le Reg.*, 2009, 2, 406 ss., con commento di S. DE GÖTZEN, *Lo status di neutralità dei componenti dei collegi sindacali delle aziende sanitarie locali li pone al di fuori dello spoils system*; 27 gennaio 2010, n. 34, in *Le Reg.*, 2010, 1136 ss., con commento di F. MERLONI, *Spoils system: il timore dell'overruling impedisce alla Corte di fare chiarezza*; 5 marzo 2010, n. 81, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2693 ss., con commento di L. FIORILLO, *Incarichi di funzione dirigenziale e spoils system: la Corte costituzionale definisce il quadro di operatività dell'istituto*; 24 giugno 2010, n. 224, in *Foro it.*, 2010, I, 9, 2279 ss., con commento di G. D'AURIA, *Ancora su nomine fiduciarie dei dirigenti pubblici e garanzie contro lo «spoil system»*; 24 gennaio 2017, n. 15, in *Lav. e prev. oggi*, 2017, 9-10, 624 ss., con commento di C. LAVALLE, *Ancora una sentenza della Corte costituzionale sull'illegittimità dei meccanismi di 'spoil system'*; 22 febbraio 2019, n. 23, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 267 ss., con commento di M. GORLANI, *I segretari comunali e lo spoil system: un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi*; *ivi*, 2019, 3, 1735 ss. con commento di G.P. DOLSO, *Corte costituzionale, spoil system e sindacato di ragionevolezza*; in *Le Reg.*, 2019, 2, 487 ss., con commenti di S. DE GÖTZEN, *L'affermazione del carattere fiduciario è compatibile con le funzioni del segretario comunale?* (487 ss.) e di C. NAPOLI, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di «bicefalismo» per i segretari comunali e provinciali?* (501 ss.). Per utili prospettive di sintesi, relative anche ad altre pronunzie della Consulta in materia (ad es. n. 161/2008, 304/2010, 228/2011, 152/2013, 27/2014, 20/2019), S. DE GÖTZEN, *Il bilanciamento tra spoils system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*, in *Le reg.*, 2007, 5, 848 ss.; M. MIDIRI, *La Corte, i politici e lo spoils system*, in *Dir. pub.*, 2008, 3, 927 ss.; A. DICASOLA, *Le dirigenze pubbliche*, cit.; G. AMOROSO, *Dirigenza pubblica e «spoils system» nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2009, I, 7, 1332 ss.; W. CORTESE, *Nel ginepraio dello 'spoils system'. Qualche notazione critica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 2, 431 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della Costituzione e nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi*, in *Il lav. nelle p.a.*, 2009, 1, 273 ss.; L. GRIMALDI, *La controversa disciplina della dirigenza pubblica regionale nella più recente giurisprudenza costituzionale sullo spoils system*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it) (2010); S. BATTINI, *Il principio di separazione*, cit.; L. PANZERI, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale in tema di spoils system alla definizione del rapporto tra politica e amministrazione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 251 ss.; G. SCACCIA, *Spoils system e giurisprudenza costituzionale*, in N. MACCABIANI (a cura di), *Corte costituzionale e spoils system. Il caso dei segretari comunali arriva alla Consulta*, Franco Angeli, Milano, 2018, 73 ss.; S. BATTINI, *L'invasione degli apicali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 3, 269 ss.

<sup>55</sup> Cfr. D.P.C.M. 2 dicembre 2019, n. 169 «Regolamento di organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della *performance*» (in G.U. 21 gennaio 2020, n. 16), nonché i relativi D.M. attuativi (28 gennaio 2020, n. 21 e, soprattutto, n. 22).

ancor più evidente dall'espressa attribuzione alla componente amministrativa di un'autonomia dichiaratamente «speciale», che sembra emanciparla da quella «necessaria [...] subordinazione al potere politico», spesso addotta quale argomento decisivo finalizzato a negare l'astratta configurabilità del modello stesso della separazione e, in ogni caso, a farne *condicio sine qua non* per la concreta sua praticabilità<sup>57</sup>.

### 3. Dirigenza e ordinamento locale.

Questo stato di cose, che attesta l'esistenza di più modelli non omogenei tra loro di rapporti tra politica e amministrazione, è riscontrabile anche in ambito locale, dove, con caratteristiche diverse quando non di segno opposto<sup>58</sup>, la linea di confine tra politica e amministrazione è sempre stata decisamente più sfumata e incerta, tanto da far dubitare perfino della sua stessa effettiva esistenza<sup>59</sup>, anche perché – come si vedrà a breve – in ipotesi particolari ne è pure formalmente prevista addirittura, per dirla con i privatisti, l'estinzione per confusione.

In questo differente contesto ordinamentale, la dirigenza, dalla sua nascita ufficiale<sup>60</sup> fino alla svolta del 1990, ha costituito una sorta di fatto interno, con eventuale rilevanza esterna soltanto se e in quanto delegata dalla politica all'adozione di atti amministrativi dotati di tale efficacia.

La l. n. 142/1990, che non qualificava il rapporto tra politica e amministrazione, ma lo declinava direttamente in termini di separazione funzionale-distinzione così anticipando a mo' di prova generale (*rectius*: settoriale) l'impostazione del d.lgs. n.

<sup>56</sup> Così, riguardo alla bozza di regolamento, C. BARBATI, a introduzione della quarta sessione del convegno internazionale di studi su *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia* (Palermo, 6-7 giugno 2019), intitolata *Le sanzioni e le garanzie procedurali e processuali*.

<sup>57</sup> Così S. GALEOTTI, *Brevi considerazioni sulle norme costituzionali proposte in tema di p.a.*, in S. CASSESE, G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione*, cit., 65 ss.

<sup>58</sup> Sul rapporto tra politica e amministrazione nel settore degli enti locali cfr., oltre agli Autori citati in precedenza, P. BARBERA, *L'incerto confine tra funzioni d'indirizzo e attività di gestione: appunti per una riflessione sui poteri locali*, in *Pol. dir.*, 1991, 4, 547 ss.; G. PASTORI, *Governo e amministrazione negli enti locali fra la l. 142/90 e la l. 81/93*, in *Dir. amm.*, 1995, 1, 57 ss.; M. CLARICH, *Politica e amministrazione negli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 8, 781 ss.; M. ANDREIS, *I rapporti tra gli organi negli enti locali*, Torino, 1996; R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 270 ss.; V. ITALIA, *I rapporti tra politica e amministrazione nelle amministrazioni locali*, in *Dir. ec.*, 2009, 3-4, 509 ss.; C. BARBATI, *Politica e amministrazione nelle autonomie locali*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., 123 ss.; S. SEPE, E. CROBE, *Politica, governo locale, amministrazione: profili storici e prospettive*, in *Riv. st. pol.*, 2016, 3, 11 ss.; E. CARLONI, F. CORTESE, *Il governo di prossimità: Comune e forme associative*, in E. CARLONI, F. CORTESE (a cura di), *Diritto delle autonomie territoriali*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, 176 ss.

<sup>59</sup> Agli Autori citati in precedenza adde S. PARISI, *La natura del principio di distinzione tra politica e amministrazione e il suo complicato invero nella forma di governo locale*, in *Le Reg.*, 2010, 6, 1205 ss.

<sup>60</sup> Ci si riferisce all'accordo sindacale recepito con D.P.R. n. 347/1983.

29/1993, in realtà ha offerto per lungo tempo l'appiglio testuale affinché il principio in discorso finisse per rimanere nella sostanza inattuato o, comunque, per trovare attuazione dopo un lungo e laborioso *iter* procedimentale, dagli esiti per nulla scontati.

Questa legge, infatti, non attribuiva direttamente alla dirigenza le competenze gestionali, rinviandone invece la definizione e la disciplina agli statuti e ai regolamenti locali<sup>61</sup>, tanto da essere considerata da una parte della giurisprudenza come testo recante norme, sul punto, di natura programmatica, sicché l'attribuzione di tali competenze, lungi da automatismi di sorta, doveva passare attraverso l'approvazione delle modifiche statutarie e regolamentari a ciò necessarie<sup>62</sup>.

A tale orientamento si affiancavano poi quelle pronunzie giurisprudenziali che, alla stregua del principio di autonomia e nonostante la doppia clausola di adeguamento<sup>63</sup>, ritenevano inapplicabile agli enti locali il d.lgs. n. 29/1993, che a tal fine non richiedeva intermediazioni di sorta<sup>64</sup> e di cui, anzi, era espressamente sancita dalla legge la prevalenza su eventuali disposizioni previgenti di segno contrario<sup>65</sup>.

Il sistema successivamente delineato dalla l. n. 127/1997<sup>66</sup>, dal d.lgs. n. 267/2000<sup>67</sup> e dal d.lgs. n. 165/2001 – che si sottolinea aver «ribadito, rafforzandolo, il principio di separazione fra attività di governo e attività di gestione»<sup>68</sup> – permette di considerare superata la questione particolare nel senso della diretta attribuzione alla dirigenza delle competenze gestionali<sup>69</sup>.

E tuttavia questo diverso stato di cose non sembra aver mutato la sostanza del rapporto tra politica e amministrazione, che il d.lgs. n. 267/2000 – pur se in norme aventi finalità e portata specifiche<sup>70</sup> – qualifica in termini di «distinzione», ma che il

<sup>61</sup> Art. 51 l. n. 142/1990.

<sup>62</sup> Cons. St., sez. I, 28 aprile 1999, n. 535, in *www.giustizia-amministrativa.ite* sez. III, 23 giugno 2003, n. 3717, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2003, 6, 1908 e ss., con nota di E. MAGGIORA, *Non è automatico negli enti locali lo spostamento di competenze dagli organi di governo ai dirigenti*; ivi, 2003, 7-8, 2264 ss., con nota di M. LONGO, *Statuti e regolamenti comunali e principio di separazione tra attività di indirizzo politico e attività di gestione*; di diverso avviso, tra le tante, Cons. St., sez. V, 5 maggio 1999, n. 515; Id., 27 agosto 1999, n. 1004; 7 marzo 2000, n. 1200; 15 novembre 2001, n. 5833; in posizione intermedia Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 896, che, nell'affermare la necessità dell'intermediazione statutaria e regolamentare, sottolinea la simmetrica necessità di darne un'interpretazione restrittiva.

<sup>63</sup> Art. 27-bis d.lgs. n. 29/1993; ora art. 27 d.lgs. n. 165/2001 e art. 111 d.lgs. n. 267/2000

<sup>64</sup> Per una prospettiva d'insieme, T. DI NITTO, *Le competenze del sindaco nella recente giurisprudenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 6, 756 ss.

<sup>65</sup> Art. 45 d.lgs. n. 80/1998, su cui v. Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2007, n. 1430, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>66</sup> Che sul punto modifica l'art. 51 l. n. 142/1990.

<sup>67</sup> Art. 107.

<sup>68</sup> Cons. St., sez. V, n. 3010/2009, cit.

<sup>69</sup> A. CONTIERI, M. IMMORDINO, *Introduzione*, in *La dirigenza locale*, cit., XII-XIII.

<sup>70</sup> Art. 78, co. 1, relativo ai doveri e alla condizione giuridica degli amministratori; art. 147, co. 4, relativo al sistema dei controlli interni.

diritto vivente precisa a mo' di chiosa essere in realtà di «commistione»<sup>71</sup> o «frammistione»<sup>72</sup>, come che sia la prima alquanto più labile e le altre due dalla fisionomia ben più ibrida e magmatica di quanto non avvenga in ambito statale.

La tendenziale forte compenetrazione tra politica e amministrazione che ne discende, suscettibile di combinarsi variamente in funzione di un più articolato e complesso quadro delle fonti rispetto a quello che connota l'ordinamento statale<sup>73</sup> e che pone al centro le peculiarità che costituiscono espressione dell'autonomia organizzativa degli enti, trae origine da ragioni in parte collimanti con quelle già esaminate a proposito dello Stato e in parte proprie ed esclusive della realtà locale; queste ultime tutte strettamente collegate tra loro, quando non proprio in rapporto di causa a effetto.

Alle caratteristiche identitarie dell'amministrazione locale accennate in premessa, può qui aggiungersi la maggior immediatezza, attualità e concretezza degli interessi da curare rispetto a quanto non avvenga nello Stato<sup>74</sup>; particolarità, questa, che le riforme (soprattutto costituzionali) di settore hanno valorizzato e potenziato, e che, se da un lato accresce meritoriamente le opportunità e le occasioni di controllo sociale diffuso sull'operato della pubblica amministrazione<sup>75</sup>, dall'altro per forza di cose finisce per ridurre ulteriormente le distanze tra politica e burocrazia.

Prima di procedere oltre, sembra opportuno un rapido richiamo all'accennata peculiare conformazione dell'indirizzo in ambito locale, per evidenziarne le possibili implicazioni sugli assetti della responsabilità dirigenziale.

Data per positivamente risolta la più generale questione relativa alla configurabilità di un indirizzo politico e conseguentemente di rapporti fiduciari nel senso proprio del termine in capo agli enti locali<sup>76</sup>, è possibile rilevare tale conformazione permette di registrare due tendenze di segno diverso se non perfino opposto: la prima consiste in ciò, che la pluralità delle sue matrici, riveniente dall'affiancamento del modello "presidenziale" introdotto dalla l. n. 81/1993 al

---

<sup>71</sup> In giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 22 dicembre 2009, n. 8581; Tar Campania, Napoli, sez. V, 22 ottobre 2003, n. 13054, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>72</sup> Corte cost., n. 23/2019, cit.

<sup>73</sup> Comprensivo, oltre al d.lgs. n. 267/2000, dei d.lgs. n. 165/2001 e 150/2009, della contrattazione collettiva di comparto, nonché degli statuti e dei regolamenti di autonomia: in argomento, N. GULLO, M. RAGUSA, *Il sistema delle fonti della dirigenza locale*, in *Ladirigenza locale*, cit., 59 ss. Questo stato di cose, che impone una continua, costante e non agevole opera di coordinamento tra le varie fonti (D. DALFINO, *Dirigenza regionale e dirigenza locale*, cit., 1638), talvolta comporta, soprattutto sul versante della contrattazione collettiva, sconfinamenti e/o fughe in avanti che si ritiene opportuno espungere dal sistema (C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 345 ss., con particolare riferimento alla sanzione della sospensione dell'incarico dirigenziale per un periodo massimo di due anni e alla natura vincolante del parere del Comitato dei garanti).

<sup>74</sup> Cfr. gli Autori citati a nota n. 2.

<sup>75</sup> C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit. 316 ss.

<sup>76</sup> Per un'utile prospettiva di sintesi riguardo al dibattito sull'argomento, M.C. CAVALLARO, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, cit., 13 ss.

modello “parlamentare” contemplato dalla l. n. 142/1990<sup>77</sup>, nonché la possibile (e invero frequente) non omogeneità contenutistica dei vari atti d’indirizzo, espongono la burocrazia a un maggior rischio di addebiti di responsabilità<sup>78</sup>; la seconda sta nel fatto che l’incorporazione dell’indirizzo nell’amministrazione, come può incidere sulla condotta della burocrazia, così può comportare il venir meno di quegli addebiti all’esito dei relativi giudizi<sup>79</sup>.

A tanto si aggiunga il notevole spazio attribuito alla componente fiduciaria (nei termini poc’anzi chiariti) dal modello “presidenziale”<sup>80</sup>, il cui perno, consistente nel meccanismo dell’elezione diretta degli organi rappresentativi, accresce esponenzialmente il rischio della responsabilità politica, cosicché risulterebbe di fatto scarsamente compatibile con il sistema un rapporto tra politica e amministrazione che fosse improntato a forme di separazione-distinzione più restrittive di quella meramente funzionale<sup>81</sup>.

In quest’ordine di idee, non può sottacersi la particolare ampiezza della discrezionalità che caratterizza l’esercizio del potere di nomina del segretario e del direttore generale e del potere di revoca di quest’ultimo<sup>82</sup>, nonché la possibilità di attribuire incarichi dirigenziali a personale privo della relativa qualifica<sup>83</sup> e, in misura maggiore che nello Stato, anche al di fuori della dotazione organica<sup>84</sup>; incarichi che, a conferma della loro intrinseca fiduciarità, durano il tempo del mandato elettorale<sup>85</sup>.

Tanto, per non parlare dell’attribuzione di una serie di poteri di amministrazione attiva (gestionali e puntuali) alla parte politica<sup>86</sup>, con conseguente legittimazione

<sup>77</sup> G. PASTORI, *Governo e amministrazione*, cit.

<sup>78</sup> C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 343-344, con particolare riferimento all’ipotesi di responsabilità dirigenziale per inosservanza di direttive, a causa della possibile tanto quanto frequente evenienza che gli indirizzi, soprattutto del consiglio e della giunta, siano eterogenei tra loro.

<sup>79</sup> S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 293 ss., rilevano che in mancanza del formale atto d’indirizzo, la dirigenza “non fa” e “fa fare” al giudice, il quale spesso non ravvisa la responsabilità proprio per mancanza dell’atto di indirizzo.

<sup>80</sup> S. STAIANO, *Rafforzamento dell’esecutivo locale e funzione compensativa degli strumenti di partecipazione*, in *Reg. e gov. loc.*, 1995, 7, 1124 ss.

<sup>81</sup> V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione*, cit., 106.

<sup>82</sup> Cfr., rispettivamente, artt. 99 e 108 d.lgs. n. 267/2000; in argomento, cfr., per tutti, P.L. PORTALURI, *La tutela giurisdizionale*, relazione nell’ambito della quarta sessione del convegno internazionale di studi su *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, cit., intitolata *Le sanzioni e le garanzie procedurali e processuali*.

<sup>83</sup> Art. 109 d.lgs. n. 267/2000.

<sup>84</sup> Art. 110 d.lgs. n. 267/2000.

<sup>85</sup> Su tutti tali aspetti, A. POLICE, *La tutela giurisdizionale*, relazione nell’ambito della quarta sessione del convegno internazionale di studi su *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, cit., intitolata *Le sanzioni e le garanzie procedurali e processuali*; nonché C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 304 ss.

<sup>86</sup> Per un’accurata ricognizione di tali poteri e responsabilità, C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 317 ss.

della commistione-frammistione, che induce la dottrina a evidenziare la necessità di un ripensamento o comunque di una riformulazione dei rapporti tra politica e burocrazia, transitando dall'attuale modello "a competenze differenziate" a un modello che potrebbe qualificarsi "a responsabilità ripartite"; il quale, se assistito da un adeguato apparato sanzionatorio non destinato a rimanere sulla carta, appare certamente più in linea con gli attuali assetti ordinamentali e con la loro traduzione in termini concreti<sup>87</sup>.

E non è tutto.

Il rapporto in parola, infatti, può legalmente svolgersi al di là e al di fuori degli schemi noti, trasmutando in vera e propria confusione-identificazione o «immedesimazione»<sup>88</sup> dell'amministrazione nella politica, considerata la facoltà legale per gli enti locali con popolazione inferiore a 5.000 abitanti di attribuire «ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica e gestionale»<sup>89</sup>.

Ora, se è vero che la relativa norma legittimante, che non costituisce una novità assoluta per l'ordinamento degli enti locali<sup>90</sup>, subordina l'esercizio di questa facoltà a condizioni, presupposti, e limiti<sup>91</sup>, i quali tuttavia sono divenuti meno stringenti col tempo<sup>92</sup>, è anche vero che la fascia degli enti interessati comprende circa il 70% dell'intero tessuto nazionale di riferimento<sup>93</sup>; con quanto e quale potenziale impatto sul rapporto in esame non v'è chi non veda, tanto da indurre la dottrina a ravvisarvi

<sup>87</sup> L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale*, cit., 53 ss.; C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 323-324.

<sup>88</sup> S. PARISI, *La natura del principio di distinzione*, cit., 1269.

<sup>89</sup> Art. 53, co. 23, l. n. 388/2000. In dottrina si discute se la norma riguardi i soli assessori (F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, CEDAM, Padova, 2019, 198) ovvero anche il sindaco (C. BARBATI, *Politica e amministrazione*, cit., I, 123 ss., spec. 127; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, Bologna, 2018, 265); la prassi depone per questa seconda interpretazione.

<sup>90</sup> Identico meccanismo, infatti, era previsto per gli enti locali con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti dall'art. 19, co. 2 del d.lgs. n. 77/1995, successivamente abrogato dal d.lgs. n. 267/2000.

<sup>91</sup> Il richiamato art. 53, co. 23, l. n. 388/2000 ammette l'esercizio della facoltà in parola anche per finalità di contenimento di spesa, obiettivo il cui conseguimento andrà documentato annualmente, «con apposita deliberazione, in sede di approvazione del bilancio», subordinandolo all'intermediazione dei regolamenti organizzativi, che potranno recare disposizione derogatorie rispetto al riparto di competenze previsto dai d.lgs. n. 165/2001 e 267/2000; tale facoltà è esclusa nell'ipotesi prevista dall'art. 97, comma 4, lettera d), d.lgs. n. 267/200 (segretario che eserciti «ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia»).

<sup>92</sup> La l. n. 388/2000, nel reintrodurre il meccanismo previsto dal d.lgs. n. 77/1995, ne aveva originariamente limitato l'operatività agli enti locali con popolazione inferiore a 3.000 abitanti, subordinandola al riscontro e alla dimostrazione della «mancanza non rimediabile di figure professionali idonee nell'ambito dei dipendenti». L'art. 29, co. 4, l. n. 448/2001 ha poi elevato il "tetto" demografico, espungendo il riferimento alla carenza delle professionalità idonee interne all'ente.

<sup>93</sup> Alla stregua dei dati ISTAT aggiornati al 1° gennaio 2019, «[i]n Italia, ci sono 5.488 comuni sotto i 5.000 abitanti, che rappresentano il 69,43% del numero totale dei comuni italiani» (7.904): [www.tuttoitalia.it](http://www.tuttoitalia.it).

una vera e propria «incongruenza normativa del sistema»<sup>94</sup>, e ciò anche in considerazione delle vicissitudini di una disposizione che, in un andirivieni che l'ha vista prima introdotta, quindi abrogata e poi reintrodotta nel sistema, evidentemente aveva dato luogo a più di qualche perplessità<sup>95</sup>.

Senonché la giurisprudenza, nel dare atto della «commistione tra politica e amministrazione» che ne consegue, «il cui superamento ha rappresentato un principio cardine delle riforme degli anni '90», ha individuato la ragion pratica di questa facoltà in «esigenze di contenimento dei bilanci, almeno nei comuni di più modeste dimensioni», le quali legittimerebbero un ritorno al passato<sup>96</sup>.

Affermazione, questa, che non convince, soprattutto se e in quanto rivolta a contenere la possibile portata di tale impatto, atteso che la disposizione di riferimento, ancorché inserita in un capo di legge effettivamente intitolato alle spese della pubblica amministrazione, reca una formulazione testuale che, almeno all'apparenza, è inequivocabile nell'attribuire a tali esigenze portata meramente eventuale e aggiuntiva (o rafforzativa) della possibilità di utilizzare un meccanismo non legato al perseguimento di alcuna finalità particolare<sup>97</sup>.

Non mancano poi pronunzie giurisprudenziali che, evidentemente avvertendo appieno le potenzialità di quest'impatto, si fanno carico di puntualizzare come attraverso il meccanismo in parola non sia stata introdotta alcuna deroga al principio di separazione tra attività di governo e attività di gestione, «in quanto, in ogni caso, tale possibilità di deroga viene attribuita ai» singoli «componenti dell'organo esecutivo e non all'intera giunta»<sup>98</sup>.

E tuttavia neanche quest'affermazione persuade, nella misura in cui dapprima ammette l'esistenza della possibilità di deroga per poi immediatamente negarla o comunque attenuarne la portata, per di più a fronte di una disposizione che non pone alcun limite numerico<sup>99</sup>, mediante un'interpretazione del relativo dato testuale in termini che appaiono, più che di tranquillizzante conformità, di quasi minimizzante non difformità.

Come che sia, rimarrebbe aperta la delicata e nevralgica problematica della responsabilità dirigenziale, che astrattamente si presta a due diverse soluzioni: la

<sup>94</sup> D. BORGONOVO RE, *Politica e amministrazione nei Comune della Regione Trentino-Alto Adige*, in *Le Reg.*, 2001, 1, 57 ss., spec. 60.

<sup>95</sup> L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale*, cit., 49.

<sup>96</sup> Cons. St., sez. IV, n. 8581/2009; Tar Campania, Napoli, sez. V, n. 13054/2003 (da cui sono tratte le espressioni tra virgolette), entrambe cit.

<sup>97</sup> L'art. 53, co. 23, l. n. 388/2000 prevede che «[g]li enti locali [...], anche al fine di operare un contenimento della spesa, possono [...] adottare disposizioni regolamentari organizzative, [...] attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo le responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale. [...]» (corsivo aggiunto).

<sup>98</sup> Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6723, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>99</sup> Cfr. note n. 91 e 92.

prima, radicale, nell'*an*, consistente nel suo assorbimento e nella conseguente sua dissoluzione nella responsabilità politica; la seconda, microchirurgica, nel *quomodo*, che rimanda all'introduzione di una norma attributiva dei poteri d'impulso e decisionali in materia a un organo diverso dal sindaco<sup>100</sup>, attuale titolare<sup>101</sup>, il quale, se così non fosse, si troverebbe a doverli esercitare nei confronti dei propri assessori quando non addirittura contro sé stesso.

È stato opportunamente evidenziato che, orientandosi per la prima soluzione, «si finirebbe per rinunciare [...] ad uno strumento correttivo e sanzionatorio di tipo giuridico, sacrificando le esigenze di tempestiva e periodica correzione dei risultati gestionali insoddisfacenti prodotti dal sindaco o dall'assessore nel suo ruolo di dirigente amministrativo»<sup>102</sup>; e in quest'ordine di idee parrebbe potersi utilmente invocare pure la diversità dell'*accountability* della politica da quella della burocrazia, in quanto l'una è fondata sul consenso degli elettori, mentre l'altra è imperniata su procedimenti di valutazione tendenzialmente oggettiva.

Nondimeno, essendo questa pacificamente una "zona franca" dall'operatività del principio di separazione-distinzione, sembra opportuno interrogarsi sull'effettiva sussistenza dei presupposti (o comunque degli spazi) per la configurabilità della responsabilità dirigenziale, che invece postula se non l'indipendenza quantomeno l'autonomia dell'amministrazione dalla politica<sup>103</sup>.

D'altra parte, in mancanza di una norma del genere, la cui introduzione peraltro – considerato il particolare contesto di destinazione – potrebbe creare più problemi di sistema di quanti non intenderebbe commendevolmente risolverne, quella della configurabilità della sola responsabilità politica parrebbe conclusione, almeno per il momento, pressoché obbligata.

Non s'ignora che l'altra soluzione proposta sarebbe certamente più in linea con i generali principi d'imparzialità e buon andamento, nonché con la portata costituzionale convenzionalmente attribuita al principio di separazione-distinzione<sup>104</sup> dal diritto scritto e vivente<sup>105</sup>.

E tuttavia occorre pure considerare che, muovendo da quest'ipotesi-limite e ampliando il punto d'osservazione anche agli altri assetti del sistema dei rapporti tra

<sup>100</sup> C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 316-317.

<sup>101</sup> Art. 4, comma 2, lett. g), l. n. 15/2009.

<sup>102</sup> C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 317.

<sup>103</sup> C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 51; in argomento cfr., in termini più generali, G. DE GIORGI CEZZI, *Autonomie locali e responsabilità. Un nuovo modo di amministrare*, in *Amb. e Dir.*, 2020, 3 (pp. 7).

<sup>104</sup> C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 367.

<sup>105</sup> Art. 1, co. 3, d.lgs. n. 29/1993 e art. 1, co. 3, d.lgs. n. 165/2001, i quali, oltre a qualificare – tra gli altri – quello in esame come principio fondamentale «ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione», precisano che esso costituisce «altresì, per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano», norma fondamentale «di riforma economico-sociale della Repubblica»; per quanto riguarda il diritto vivente, l'assunto è talmente pacifico che si può rinviare alla giurisprudenza e alla dottrina finora citate

politica e burocrazia, se ne è inferita, in una prospettiva di carattere più generale, la non assolutezza del principio di separazione-distinzione, soprattutto in ambito locale<sup>106</sup>, dove esso parte già “in salita”, come attestano le formule utilizzate allo scopo, ossia quella icastica e forse volutamente enfatica di «dogma di passaggio»<sup>107</sup> e quella neutra ma non perciò meno efficace di «principio tendenziale a precettività variabile»<sup>108</sup>.

Ciò posto, la ravvisata non assolutezza del principio di separazione-distinzione tra politica e amministrazione pare potersi spiegare, anziché mettendone in dubbio la portata costituzionale che invece oggi – come detto – può darsi per acquisita<sup>109</sup>, piuttosto con la sua messa in chiave con il sovraordinato principio di realtà<sup>110</sup>.

#### **4. La dirigenza locale tra principio di realtà e principio di ragionevolezza.**

Nel concreto amministrare, infatti, politica e burocrazia non possono essere concepite come entità a compartimenti stagni, ostandovi le vicendevoli implicazioni che le contraddistinguono<sup>111</sup> e che esigono continuità, sintonia e complementarità, nella piena consapevolezza e nel reciproco rispetto dei ruoli e delle funzioni; realtà, questa, che trova espressione, più che nel logotipo *simul stabunt simul cadent* (con la conseguente decadenza automatica degli incarichi dirigenziali di vertice al cessare

<sup>106</sup> L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale*, cit., 49; S. PARISI, *La natura del principio di distinzione*, cit., 1273.

<sup>107</sup> L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale*, cit., 50.

<sup>108</sup> S. PARISI, *La natura del principio di distinzione*, cit., 1290.

<sup>109</sup> Cfr., per tutti, F.G. COCA, *Politica e amministrazione*, cit., 1017, il quale proprio dall'avvenuta costituzionalizzazione del principio di separazione-distinzione tra l'una e l'altra ne preconizza il ruolo di promessa di «sviluppi futuri frequenti e rilevanti».

<sup>110</sup> In argomento, cfr., per tutti, R.F. ZUMBINI, *Il principio di realtà e la scienza giuridica tedesca fra XX e XXI secolo*, in *Feder.*, 2014, 7 (pp. 7); R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, in P. BILANCIA (a cura di), *Democrazia diretta vs democrazia rappresentativa*, ivi, 2017, 1 (Focus), (pp. 17).

<sup>111</sup> Corte cost., n. 453/1990, cit.; G. FALCON, *Riforma della pubblica amministrazione*, cit., 1215 rileva che «se il potere generale di stabilire il percorso è in capo agli organi politici, i molti poteri di decisione intestati ormai direttamente ai dirigenti sono in grado di imprimere al veicolo direzioni di volta in volta diverse e particolari. Da qui la necessità di meccanismi che garantiscano l'armonia della guida». M. GORLANI, *I segretari comunali e lo spoil system*, cit., 287-288, rileva che «[...] è oggettivamente difficile distinguere, nel quotidiano agire di una pubblica amministrazione, tra scelta politica e attuazione in via amministrativa. La scelta politica, infatti, non si configura come un *a priori*, calato in una realtà amministrativa pronto per essere applicato in modo imparziale e oggettivo. [...] la decisione politica è normalmente e necessariamente condizionata dalla concreta configurazione dell'assetto amministrativo, ovvero da ciò che, in concreto, l'apparato burocratico è in grado di realizzare, dalle risorse disponibili, dalle capacità e dalle professionalità di cui si dispone, dalle esperienze pregresse maturate sul campo. Politica e amministrazione si pongono in un rapporto circolare di reciproca integrazione, tale per cui la prima indirizza l'agire della seconda, tanto quanto la gestione amministrativa influenza la formazione della volontà degli organi elettivi».

del mandato elettorale)<sup>112</sup>, nel suggestivo e per certi versi differente pittogramma del *tandem* a tal fine evocato<sup>113</sup>, con la politica a individuare le strategie e l'amministrazione ad approntare le tattiche da tradurre in azioni e atti puntuali.

Il tutto nell'ambito di relazioni dialogiche e all'occorrenza dialettiche, ma sempre improntate a leale collaborazione da ambo le parti, in cui ciò che addebita alla politica, ossia la pesante ingerenza nell'amministrazione, e ciò che si rimprovera alla dirigenza, ovvero una condotta di tipo epistocratico<sup>114</sup> e che sembrerebbe ispirata – pur con le dovute differenze del caso – all'*Herr im Haus Prinzip* germanico<sup>115</sup>, hanno carattere meramente eventuale e riguardano la sola fase patologica di queste relazioni.

In quest'ordine di idee, che sembra trovare significativi punti di contatto con la tesi della necessità del passaggio dal modello "a competenze differenziate" a quello "a responsabilità ripartite"<sup>116</sup>, è il principio di ragionevolezza a dover sovrintendere, sotto il profilo normativo e amministrativo, agli assetti legali e reali del rapporto tra politica e burocrazia, sia che si continui sulla strada attuale della distinzione funzionale, ovviamente con gli opportuni aggiustamenti<sup>117</sup>, sia che si intraprenda (o

<sup>112</sup> E.N. FRAGALE, *La distinzione tra politica e amministrazione*, cit. 846.

<sup>113</sup> G. FALCON, *Riforma della pubblica amministrazione*, cit., 1215, rileva che «[...] politici e dirigenti formano una specie di *tandem*, con la conseguenza che l'amministrazione può funzionare bene soltanto se la coppia è affiatata e ciascuno svolge abilmente il proprio compito, ed ovviamente se ciascuno a modo suo *pedala*» (corsivo originale); L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale*, cit., 58, evidenzia l'ulteriore necessità «di andare nella stessa direzione», pena altrimenti, nel caso di «spinta di entrambi i ciclisti eguale, ma contraria», che il *tandem* rimanga fermo e, nel caso di spinta «sì contraria, ma anche diseguale», che «entrambi i membri della coppia» finiscano «molto probabilmente per cadere, anziché arrivare in un posto quale che sia».

<sup>114</sup> S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2017, 29 ss.; in questa prospettiva G. SCACCIA, *Spoil system*, cit., 76, evidenzia che il dirigente detiene «il monopolio di fatto della conoscenza» dei mezzi occorrenti per l'attuazione degli indirizzi, che incide «sulla risorsa più preziosa per le istituzioni politiche: il fattore-tempo».

<sup>115</sup> Trattandosi di principio giusprivatistico fondato sull'«idea forte», di stampo paternalistico, che l'imprenditore fosse «signore in casa propria» e che la sua autorità fosse indiscutibile»: G. COMI, *Storia della Germania*, Il Saggiatore, Milano, 2017, 173; in argomento cfr. altresì B. MANTELLI, *Da Ottone di Sassonia ad Angela Merkel. Società, istituzioni, poteri nello spazio germanofono dall'anno Mille ad oggi*, UTET, Torino, 2006, 68; S. RAIMONDI, *Intervento, nell'ambito della presentazione del convegno internazionale di studi su La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, cit., rileva che l'odierno dirigente è una sorta di «imperatore del proprio ufficio».

<sup>116</sup> L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale*, cit., 54-55; quest'impostazione è ripresa da C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 324.

<sup>117</sup> In argomento, cfr. E. N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione*, cit., 403 ss., il quale ravvisa la necessità che il potere di direttiva si traduca in più specifici atti d'indirizzo, segnalando «la necessità di alcune cautele» (465), come quelle del contenimento dell'area della dirigenza fiduciaria e della sua differenziazione di *status* giuridico rispetto alla dirigenza professionale e, per quanto riguarda quest'ultima, la necessità del potenziamento del c.d. *merit system* mediante l'introduzione o la messa a punto degli strumenti di monitoraggio e verifica della sua corretta attuazione (istituzione di commissioni di garanzia, miglioramento del sistema di valutazione della *performance*). A ciò, secondo l'A., va aggiunto l'assoggettamento a motivazione rafforzata dell'esercizio, da parte della dirigenza fiduciaria, del potere di avocazione, da limitare peraltro ai soli atti espressione di discrezionalità amministrativa e ferma restando la riserva assoluta, in favore della dirigenza professionale, della fase istruttoria dei procedimenti amministrativi.

si riprenda) il percorso della separazione-distinzione di tipo anche strutturale; e ciò a maggior ragione nell'ordinamento degli enti locali, qualora se ne considerino le accennate particolarità che lo contraddistinguono.

Una conducente indicazione in tal senso può trarsi dalla nota sentenza della Consulta n. 23/2019 relativa allo *spoils system* del segretario comunale<sup>118</sup>, in cui lo scrutinio di legittimità è stato effettuato, anziché alla stregua dei soli consueti parametri di cui all'art. 97 Cost.<sup>119</sup>, in base al principio di ragionevolezza che, pur se poco adoperato *in subiecta materia*<sup>120</sup>, ha avuto un peso determinante ai fini del decidere.

Ciò posto, ben può discutersi se sia sufficiente allo scopo la declinazione minimale offertane dalla Corte nel caso specifico, ossia nei ravvisati termini di una «deferente» non irragionevolezza che, come tale, può prestarsi a legittimare «opzioni anche tra loro divergenti o, peggio, alternative»<sup>121</sup>, atte perciò a incidere sui principi di certezza e di prevedibilità e ancor più sull'effettività dei principi di imparzialità, buon andamento e separazione-distinzione tra politica e burocrazia; ovvero se, come sembrerebbe preferibile, sia necessario fare riferimento a una ragionevolezza (più) piena, da declinare in positivo e all'occorrenza da modellare sulla falsariga della sua versione di tipo "forte" normalmente utilizzata in sede di giudizio di costituzionalità<sup>122</sup>.

Accedendo a questa seconda impostazione, sarebbe possibile contenere entro lo stretto indispensabile la tendenza a riportare al centro le varie normative territoriali facendo ricorso (o ritorno) alla potestà legislativa esclusiva statale nel nome dell'unità o dell'unitarietà del sistema<sup>123</sup>; il che permetterebbe di salvaguardare quelle particolarità proprie dell'ordinamento degli enti locali che costituiscono fisiologica espressione del principio di autonomia, in linea d'altronde con quanto previsto dalle varie clausole di adeguamento.

Tali particolarità, che invero si tende a considerare come discrepanze o eccentricità "a cassazione necessaria" in quanto suscettibili di alterare l'ordinato e

<sup>118</sup> Cfr. *supra*, nota n. 54.

<sup>119</sup> Sui quali, invece, era fondata l'ordinanza di rimessione (Tribunale di Brescia, sez. lav., 11 settembre 2017, in G.U., 1<sup>a</sup> serie speciale, 7 marzo 2018 n. 10).

<sup>120</sup> G.P. DOLSO, *Corte costituzionale, spoils system*, cit., 1742.

<sup>121</sup> G.P. DOLSO, *Corte costituzionale, spoils system*, cit., 1743.

<sup>122</sup> Consistente nel correlare la norma alla sua ragion pura e pratica, che viene ritratta non dalla disciplina legislativa indubbiata di costituzionalità, ma dai principi fosti a fondamento della complessiva regolamentazione di settore ovvero dai principi costituzionali: in argomento, per tutti, B. CARAVITA DI TORITTO, *Le quattro fasi del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, 259 ss., spec. 260-262.

<sup>123</sup> C. CELONE, *La responsabilità dirigenziale*, cit., 342 ss.; N. GULLO, *La pluralità delle fonti tra Stato, Regioni ed Enti locali*, relazione nell'ambito della terza sessione del convegno internazionale di studi su *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, cit., intitolata *Fonti e strumenti della responsabilità dirigenziale*.

simmetrico “assetto degli assetti” di disciplina tra ordinamento statale e ordinamento locale, ben possono costituire invece delle sostenibili “differenze dell’essere” di quest’ultimo, le quali proprio perciò andrebbero intese come fattori di ricchezza di un sistema che voglia dirsi realmente policentrico e pluralista.

In quest’ordine di idee sembra essere il principio di ragionevolezza, tanto più se esteso e correttamente praticato anche a livello amministrativo nell’impostazione e nello svolgimento del rapporto tra politica e amministrazione <sup>124</sup>, a poter ulteriormente garantire che esso viva e si alimenti all’insegna dell’equilibrato dosaggio concettuale e applicativo di tutti gli altri principi rilevanti in materia, *in primis* quelli costituzionali.

---

<sup>124</sup> In argomento, cfr., almeno, P.M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1993; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Guarino*, CEDAM, Padova, 1998, III, 89 ss.; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars interpr.*, 2002, 7, 437 ss.; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 371 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ragionevolezza* (dir. amm.) (voce), in *Enc. Treccani ‘Diritto on line’*, 2017.

# SMART CITY, SMART BUSINESS: EVOLUTION AND ROLE OF TECHNOLOGY IN THE DEVELOPMENT OF THE SO CALLED "INTELLIGENT COMMUNITIES"

*Smart city, smart business: evoluzione e ruolo della tecnologia nello sviluppo delle cosiddette "comunità intelligenti".*

**Gianluigi Delle Cave\***

**ABSTRACT** [ENG]: The emerging patterns of urbanization around the world show different scenarios on different continents, requiring different approaches, policies, and strategies. The incredible democratization of ICTs worldwide leads to a discussion on sustainable, resource-saving and resilient smart cities, as well as smart city economic development adapted to different cities, countries and continents. Each city in a given country or continent might have different challenges to the economic development of smart cities. When former rural economies give way to urban economies, which are crucial for GDPs, then the emerging question is what "economic development of smart cities" means. This will be the main issue addressed in this paper.

**ABSTRACT** [ITA]: I modelli emergenti di urbanizzazione in tutto il mondo mostrano svariati scenari in diversi continenti, che richiedono approcci, politiche e strategie eterogenee. L'incredibile spread dello sviluppo delle ICT in tutto il mondo conduce inevitabilmente ad una discussione sulle città intelligenti sostenibili e resilienti, al risparmio di risorse e allo sviluppo economico delle città medesime. Ed infatti, quando l'economia rurale cede il passo all'economia urbana, che contribuisce in larga misura al prodotto interno nazionale, la questione su cui bisogna necessariamente soffermarsi è cosa debba intendersi per sviluppo economico/tecnologico delle c.d. "Smart City". Questa sarà la questione principale affrontata nel paper.

**SUMMARY:** **1.** Introduction; – **2.** Methodology; – **3.** What is a Smart City? A definition; – **4.** The economic evolution of the Smart City; – **5.** The indispensable and essential role of technology; – **6.** "New Urban Agenda" and economic development; – **7.** Conclusion.

---

\*Dottorando di ricerca in Business&Law - Istituzioni e Impresa e cultore della materia in Diritto Amministrativo II e Diritto dell'Ambiente (IUS/10) presso l'Università degli Studi di Brescia (UNIBS)E-mail: gianluigi.delle.cave@gmail.com

## 1. Introduction.

The adjective "smart" is becoming more and more commonplace. Its etymology leads back to concepts of intelligence, reactivity of the intellect, ample intellectual capacity. In recent years, the adjective *de qua* has been associated with regulatory and administrative policies, local and national, aimed at creating new sustainable "hybrid" realities, i.e. new socio-economic contexts having a significant impact on various areas such as construction, environment, and transport. In particular, the requirements for smart urban environments concern, prevalently, (i) accessibility to mechanisms of sustainable development; (ii) the application - and interconnection - of intelligent mechanisms to urban performances and services, especially based on ICTs; (iii) the promotion of the diffusion of knowledge and the exchange of information between citizens, administrations and third parties.

The importance of Information and Communication Technology (ICT) stands out among the key attributes emerging from the analysis of definitions. Therefore, a Smart City would seem to be first and foremost a "Digital City". Subsequently, requirements connected to city governance and to the valorisation of human capital and social relations are now imposed alongside technological requirements. In this context, technology - and its synergy with enterprises - takes on a key role in the trilateral relationship among public urban environment, enterprises, and citizens/users. In fact, a Smart City provides technological infrastructure that is innovative and competitive in setting up services for its citizens - meaning highly technical solutions to environmental and service policy problems. "Intelligent" transformation of the city context, therefore, leads to the creation of the evocative and all-encompassing term "Smart City", i.e. a city characterized by the integration of technologically advanced structures and means, and projected towards policies of sustainable growth in order to achieve improvements in quality of life standards.

Considering the above, then, is it possible to argue, *prima facie*, that the goal of a Smart City is mere digitalization? It will be analysed below how Smart Cities, organically following a strategic vision, use ICT tools as an innovative support in management areas and in the provision of public services, thanks to smart businesses and public-private partnerships, to improve liveability and to adapt itself to the needs of its users, promoting its own sustainable development.

## 2. Methodology.

The methodological preamble of this paper will move, at first, from a "destructured" reading of the model of smart cities, being however aware that only a multidisciplinary approach to the topic (analysing, *de facto*, not only digitization and law but also the economic aspect) can contribute to a correct framing of the topic. And in fact, again from the methodological point of view, this destructuring will be immediately followed by an attempt at a systemic reading of the different subjects contributing to the definition of the scope of operations in Smart Cities. Both approaches - far from being contradictory - will contribute to a descriptive and analytical interpretation of the complex phenomenon of Smart Cities, to better understand its nature and characteristics.

In this regard, urban sustainability brings within itself the enhancement of different areas of expertise and different levels of government. The objective of this paper is to reflect on Smart Cities in their relationship with businesses, verifying their compatibility with urban planning and sustainable development tools, delimiting the legal perimeter of smart communities in a well-defined framework - both from an objective and functional point of view (as far as regulatory profiles are concerned) and from an exquisitely subjective point of view (identifying the actors called to the realization of smart cities and analysing their inevitable connections and interferences).

## 3. What is a smart city? A definition.

In our world, cities only take up 2.6% of the planet's surface, but they produce 70% of the global GDP and host more than 50% of the global population. Cities are responsible for 75% of total natural resources usage and for about 70% of greenhouse gas emissions. It is predicted that more than 60% of the global population will live in cities in the future. Cities will also experience proportional economic growth, as well as growing in population: by 2025, the 600 most populated cities alone will generate 65% of the global GDP<sup>1</sup>.

This expansion poses risks and opportunities. On the one hand, increased population density within cities makes it possible to capitalise on economies of scale, reducing unit costs for service provision and boosting the advantages of infrastructure efficiency. Moreover, the intensification of social interactions presents a potentially beneficial effect on modernisation, inclusion and growth. On the other

---

<sup>1</sup> McKinsey Global Institute, *Urban world: Mapping the economic power of cities*, p. 1.

hand, increasing urbanisation, if inadequately managed, could contribute to an excessive use of natural resources, as a result of an increasing burden on urban infrastructure and services, such as transport, construction, electricity and water supply and health care. Additionally, as diversity grows among the population, risks of social exclusion and poverty increase as well.

Therefore, based on their function as catalysts for consumption as well as for growth, cities are compelled to carry out sustainability practices on all three of these interlinked angles:

- a) environmental sustainability, i.e. preserving the natural ecosystem and its ability to supply resources, its biodiversity and its regenerative capacity;
- b) economic sustainability, i.e. stabilising growth and lowering income gaps by way of establishing competitive markets, innovative solutions and optimising public investments;
- c) social sustainability, i.e. improving the synergy amongst different cultures, religions, ethnicities, as well as civic engagement and social integration<sup>2</sup>.

So far and until recently, city authorities only considered smart technologies for the most part as means to enhance efficiency behind the scenes. Sensor data and high-tech command centres symbolised an innovative approach to the management of complex operations and to infrastructure system automation<sup>3</sup>.

Today, technology is being introduced more directly into people's lives. Smartphones are now fundamental for city living, providing millions of people with information about transport, road traffic, health services, safety alerts, and community news. After ten years of trial and error, city leaders are beginning to appreciate that smart city strategies begin with people, not technology. "Smartness" does not only mean introducing a digital interface into a traditional analogue infrastructure or simplifying city operations. It is about utilising technology and data deliberately, to make more efficient decisions and provide an increasing quality of life.

---

<sup>2</sup> Please see, ALBINO V. (2015), *Smart cities: Definitions, dimensions, and performance*, Journal of Urban Technology, volume 22, number 1, 2015; ANGELIDOU M. (2015), *Smart cities: A conjuncture of four forces*, Cities, 47, pp. 95-106; BISELLO A., VACCARO R., D'ALONZO V. (2017), *Smart energy city development: A story told by urban planners*, Cities, 64, pp. 54-65; BATTY M. (2012), *Big data, smart cities and city planning*, Environment and Planning B: Planning and Design, volume 39, pp. 191-193; CAMPBELL T. (2012), *Beyond Smart Cities: How Cities Network, Learn, and Innovate*, Earthscan, London.

<sup>3</sup> PARISIO V. (2018), *Smart cities, digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, diritto: spunti di riflessione*, in *Derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*, a cura di V. Aguado, I. Cudola, V. Parisio e O. Casanovas Ibanez, Atelier, pp. 157 ss.

Quality of life can be delivered on many different levels, from the very air residents breathe to how safe they feel when walking down the streets. Many digital applications focus on this kind of everyday, very human matters<sup>4</sup>.

Even the most state-of-the-art cities still have a long way to go in building solid foundations, carrying out the implementation of all possible applications, and attaining widespread adoption. Effective management is fundamental to smart cities – however, it is not possible for city authorities to carry out everything on their own. Businesses and citizens play an active part in achieving a city’s good performance<sup>5</sup>.

Hundreds of years ago, Adam Smith maintained that the individual deeds of many self-interested parties merge to build larger benefits to a society. Nowadays, the same kind of “invisible hand” is at play in smart cities. For example, when a company identifies a revenue-producing gap in the market of transport services, residents in underdeveloped neighbourhoods can suddenly access new ways to commute to their jobs.

When a resident studies real-time traffic data and therefore sets out to travel at a less busy hour, she refrains from entering the road with her own car, therefore avoiding making congestion worse for everybody. Many single decisions and deeds accumulate, making the city more productive and responsive overall. However, just like authorities at times must dig into the effects caused by Adam Smith’s invisible hand, city governments need to coordinate the life of a smart city, react to unintentional aftereffects and guarantee that people benefit equally.

The obligation is clear. Cities come up against unprecedented challenges as populations increase and infrastructure systems feel the strain. Even though societal issues accumulate in cities, cities also constitute the world’s best laboratories for solutions. The digital revolution provides cities with new tools for achieving more with less.

What does it really mean to be a “smart city”? For a long time, the definition and even the end target stayed out of focus<sup>6</sup>. The term has been utilised to characterise cities that are environmentally sustainable, those with a high population of knowledge workers, and places with smoothly operating infrastructure and

---

<sup>4</sup> We find that cities could improve some key quality-of-life indicators by 10-30 percent - numbers that translate into lives saved, reduced crime, shorter commutes, a lower health burden, and carbon emissions averted. Our research also examines the deployment progress made so far in dozens of cities around the world.

<sup>5</sup> Many smart city innovations are revenue-producing ventures from private sector companies, and private actors could provide roughly 60 percent of the initial investment required to deploy the full range of current tools.

<sup>6</sup> See ALBINO V. (2015), *Smart cities: Definitions, dimensions, and performance*, Journal of Urban Technology, volume 22, number 1, 2015, which tracks the evolution of the term.

entrepreneurial economies. In time, the concept of creating digitally connected cities became prevalent<sup>7</sup>.

Today these ideas are combining. Smart cities are being redefined as places where different actors apply technology and data to make better decisions and bring about a better quality of life. City agencies can utilise data to react to changeable circumstances and to better prepare for what is to come. Well-informed businesses and residents can make decisions that make into more efficient resource usage for the city as a whole. Cities around the globe are dealing with alarming infrastructure challenges, but smart city technologies can modify the very essence and economics of infrastructure. Technology decreases the physical and transaction costs of collecting insight on usage patterns. Having an unprecedented amount of data available, cities can achieve more with their current infrastructure systems. Suitable investments in constructing and maintaining dependable physical infrastructure is still important but including a layer of intelligence makes it possible for cities to boost the scope and lifespan of existing resources. Even if new construction is needed, including smart technologies from the start can make the investment go further. Smart systems also accelerate the metabolism of municipal government, providing agencies with the ability to observe events as they occur, comprehend how demand patterns are evolving, and react with speedier and often less expensive solutions. Cities can make data-driven investments with shortened planning cycles.

All of this brings about a higher quality of life in cities. Before a city can become smart, it needs to be connected. The underlying digital infrastructure has to be in place, including a network of data-collecting sensors and devices, comprehensive broadband and wireless networks, and platforms on which data can be stored and shared<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> In doctrine, CAPROTTI F. (2016), *Eco-cities and the transition to low carbon economies*, Springer, Berlin; CARAGLIU A., DEL BO C. (2011), *Smart cities in Europe*, Journal of urban technology, 18(2), pp. 65-82; COCCHIA A. (2014), *Smart and Digital City: A Systematic Literature Review* in R. P. Dameri and C. Rosenthal, *Smart City. How to Create Public and Economic Value with High Technology in Urban Space*, Springer International Publishing Switzerland, 2014, pp. 13- 43; COLDING J., BARTHEL, S. (2017), *An urban ecology critique on the "Smart City" model*, Journal of Cleaner Production, 164, pp. 95-101; GARAU C., MASALA, F. (2016), *Cagliari and smart urban mobility: Analysis and comparison*, 47, pp. 35-46.

<sup>8</sup> According to FRACCHIA F., PANTALONE P. (2015), *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, federalismi.it, no. 22/2015, public authorities, faced with the difficult choice between going along with the novelty (which would suggest a "light" regulation, if not a lack of public intervention) and defining a complete regulatory framework, in this case opted for the introduction of rules aimed at least at protecting crucial interests (road traffic, urban order and safety, use of public land). Although it is extremely difficult, in part because of the absence of clear regulatory indications, to provide a legal definition of Smart City, among the factors that contribute to its definition we can nevertheless mention: the use of technology and innovation, the proliferation of "bottom-up" of initiatives (this recalls the horizontal subsidiarity mentioned in art. 118, Cost.), the logic of sharing (through the pooling of a factor, a space, a performance, a resource, a technology, a complex of information).

Because many applications necessitate that individuals transmit and receive data on the go, smartphones are a crucial element of a smart city. There are now five billion mobile users in the world, and smartphones account for many subscriptions<sup>9</sup>. With the fast development of the Internet of Things (IoT), billions of “dumb” inanimate objects are now “smart” - that is, they have been provided with sensors and actuators and connected to the Internet. The IoT is now at work all around us. RFID tags in packages track cargo shipments, GPS systems accompany drivers to their destinations, and smart thermostats switch off heat and air conditioning when rooms are not in use. Usage has increased as the costs of IoT sensors, processing power, and cloud storage have steadily declined<sup>10</sup>.

A city with strong communication networks can promptly and securely transmit the data collected by smartphones and other sensors. Cities around the world are prioritizing faster fixed and mobile broadband speeds and decreased latency, which are needed to back ever-growing data usage by residents as well as the development of higher-bandwidth applications. At the same time, less bandwidth-intensive smart city applications can benefit from the rollout of low-power wide-area networks (LPWAN), which enables a wide arrangement of sensors with much lower operating costs. Free Wi-Fi throughout a city is particularly convenient for visitors but also helps residents who do not have access to unlimited mobile data<sup>11</sup>.

Open data platforms are the last critical element of the technology base. Smart technologies run on data and cities, with their boundless scale and complexity, produce endless amounts of it. They generate huge volumes of data on traffic flow, public transit systems, energy demand, crime incidents, waste disposal, noise, weather patterns, outbreaks of infectious disease, and countless other aspects of daily

In this specific context, the role of public administration is not to organise - as with traditional public services - an offer of services on the market to remove the obstacles that prevent substantial equality, but to "mediate" between different private initiatives and allow the drives that arise from society to express themselves in the best way possible, with the aim of including, enhancing human capital and promoting economic development and quality of life in the city (see also PANTALONE P., PIACENTINI M., *Smart city, tecnologia e mercato: quale ruolo per i pubblici poteri?*, Diritto 24).

<sup>9</sup> The global number of smartphone users has been projected to hit 6.1 billion by 2020, driven by continuous growth in developing economies. Smartphones are more common in cities than national penetration rates suggest, but the digital divide still persists in both high- and low-income cities. While offline populations can still benefit from some smart city applications running in the background (such as intelligent signals that help the flow of traffic), they do not have access to the full range of smart city programs. This is a particular concern for aspiring smart cities in South Asia, Africa, and Latin America.

<sup>10</sup> According to one estimate, the number of connected IoT devices exceeded the world's population in 2017 and the total is projected to dramatically increase from 8.4 billion in 2017 to 20.4 billion by 2020.

<sup>11</sup> On this point, EVANS J., KARVONEN A. (2016), *The experimental city*, Routledge, London, 2016; FERRARA R. (2016), *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, Milano; FERRARI G.F. (2020), *Smart City. L'evoluzione di un'idea*, Mimesis; FERRARI G.F. (2017), *La prossima città*, Mimesis; FRACCHIA F. (2013), *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013, pp. 29 ss.

life. Yet this data only becomes beneficial once it is made accessible to actors who can develop smart applications out of it. Open data platforms do precisely that. They come in different kinds, from centralized open data portals to specialized real-time travel information platforms. They allow for secure storage and satisfactory access to the different data sources that power a smart city, and they can supply the raw material for continuing innovation<sup>12</sup>.

#### 4. The economic evolution of the Smart City.

Today, the smart city is one of the favourite urban models behind the creation and growth of cities. As detailed by an increasing number of studies, across different geographical spaces, there is a *plethora* of smart-city initiatives defining the development of new urban settlements and the regeneration of existing ones. A single definition, image and vision of smart urbanism does not prevail. As in the case of other ideals of city-making, such as the eco-city for example, the smart-city model has been defined and applied in many ways. Recent work on the geography of the smart-city model demonstrates how the understanding of the idea of smart city has been shaped and altered through specific politico-economies and cultures depending upon equally specific geographies, therefore producing different built environments<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> JAMES P. (2014). *Urban sustainability in theory and practice: circles of sustainability*, Routledge, London; JIN J., GUBBI J., MARUSIC S., PALANISWAMI M. (2014), *An Information Framework for Creating a Smart City Through Internet of Things*, *Internet of Things Journal*, 1(2), pp. 112-121; KANTER R.M. (2017) *Informed and Interconnected: A Manifesto for Smarter Cities*, Harvard Business School Working Paper No. 09-141, Boston. In particular, cities, now the dominant form of human settlement, exemplify and display the fundamental concerns of the human condition. In a period of intensifying globalization, urban life draws people into zones of intense interconnectivity. Cities are places of passion, hopes and dreams. However, they are entering a time of ongoing crisis. All urban settlements “*face a practical crisis of sustainability, just as human beings face a comprehensive crisis of social life on this planet. At the same time, there is an unacknowledged theoretical crisis. Mid-range writing tends to be characterized by disconnected contentions, and false hopes abound. Even as urban living concentrates us in close proximity, the city engenders clichés and slogans, stereotypes and self-serving assurances. Seemingly self-evident claims come thick and fast. The world’s most liveable cities are prosperous. It’s the economy, stupid. Cities are the engine house of economic growth. Slums are places of wretched squalor. Slums are productive places too. Electric vehicles are the answer. Planning for density is good. Inclusion is an essential good. These shibboleths all need to be substantially qualified as the basis for comprehensive understanding. Planning for density is good only when it is based on good planning and when the conditions for increased density are well designed. Electric vehicles are useful only when renewable resources are used and when the vehicles do not become part of a fetish of green consumption. Although slums are often places of wretched housing, they can also be places of vibrant life and livelihoods. However, defending them as being ‘productive too’ – just like ‘normal cities’ – is to concede that economic productivity is the pre-eminent quantifier of what is good. Inclusion is good only when the terms of positive exclusion are negotiated with care, transparency and so on*”.

<sup>13</sup> KARVONEN A., CUGURULLO F. (2018), *Inside Smart Cities: place, politics and urban innovation*, Routledge, London 18; KIGER P. (2017), *Smart Cities Promise a New Way of Living in “Urban Land”*, v. 76, n.

However, within this constellation of smart-city projects, it is possible to detect a shared ideological pattern. At the base of the smart-city model is a common adamant faith in technology and innovation. More specifically, supporters and practitioners of smart urbanism appreciate the value of infinite sources of data and energy, through which cities can be managed and powered sustainably. By way of integration of technologies such as smart sensors, smart grids, big-data networks, autonomous transport systems and generators of renewable energy, the smart-city model outsets to improve the energy production/energy waste ratio, decrease economic and environmental costs caused by urban living, and the curb carbon emissions of cities, therefore assisting in the fight against climate change<sup>14</sup>.

---

3/4, March/April 2017, pp. 78. In particular, the Smart City can be, and is being, invested with a broad range of ideas, concepts, and discourses. Occasionally and rather absurdly, tautological definitions are created ('the smart city is a city with a smart economy, smart transport, smart energy, smart people). Even the more sceptical voices are compelled, if reluctantly, to engage with the concept and input their own analysis. The Smart City has a strategic and political usefulness, introducing a seemingly compelling discourse of implied positive transformation without the need to state specifics and discuss implications. A second reason why Smart Cities evades easy categorisation relates to its yet loose anchoring in the urban policy landscape. It is not unusual for smart city initiatives to be spearheaded by economic development agencies or innovation agencies, rather than by traditional planning departments. This contrasts with, for example, the sustainable city or eco city, "*which have been more closely tied in with traditional planning: the garden city (and later eco city) evolved in concert with town and planning policies; and the sustainable city emerged through the broadly established sustainable development agenda (e.g. internationally UN Habitat, and subnationally Local Agenda 21). For its part, the smart city seems to evolve on the periphery of mainstream planning. Interestingly, the key champions of the smart city agenda on both the international and national stages now include technical standards agencies, such as the International Organization for Standardization (ISO) and its respective national counterparts, which previously had little dealings in urban matters. In short, the smart city does not in easily with established urban planning functions: at the policy level, too, it requires new orientation. A third reason relates to the central premise from which the smart city derives its diverse meanings and functions: the application of digital technology and related big data. In their essence, smart city technologies are both ubiquitous and pervasive – everywhere, and in everything*". As such, the Smart City may permeate deeply into and across existing urban infrastructures, services, and institutions without, however, necessarily being visibly manifest. It may well actualise without being noticed. Consequently, it should not be surprising that locating and capturing the Smart City, and rendering it concrete and accountable, has turned out to be so challenging. There is, then, an important, ongoing task of probing into the Smart City; and this must be accomplished in conceptual terms while at the same time focusing on detailed, context-sensitive description and analysis of emergent local practices.

<sup>14</sup> JAMES P. (2014), *Ibidem*. As a matter of fact, sustainable urban development in many parts of the world continues to be a struggle. The lives of the people that such development is meant to enrich are often being made more difficult by these same developmental processes. Despite "*well intentioned attempts to the contrary, the managers of most development projects do not know how to engage with the complexity of community life. Although a paradigm shift from 'things' to 'people' has been discussed and encouraged rhetorically in some local government and corporate settings, mostly this has been translated into practice badly. Something of a consensus has emerged amongst commentators in the fields of education, anthropology, community development, geography and political ecology that sustainable development is something that comes from within communities rather than something that can be imposed from the outside. This nevertheless leaves us with many questions about how to actually do it. Let us first go back to the big picture. How is good development to be understood? Both history and current driving forces complicate the possibilities of nonexploitative development of any kind, let alone good development. In the past local landscapes have often been changed by colonial or imperial experiences, and they are now beset by intensifying forces of globalization – most pressingly by the*

Despite these great expectations, as it is often the case with urban ideals, reality poses a different picture. Many alleged smart cities have demonstrated intelligence from an economic point of view, advancing the business of private firms working in clean tech, and defending the political economies of countries from both the Global North and South. However, this kind of economic intelligence has often been pursued to the disadvantage of the social and environmental dimensions in cities. From a social perspective, the smart-city ideal has been culpable of adding to inequality in various cities, by unequally allocating the benefits of smart technologies<sup>15</sup>. Moreover, while technologically innovative, smart installations have been likely to adhere to old-school ecologically insensitive urban design strategies, which brought about important losses in terms of natural habitat and biodiversity. Substantially, smart urbanism seems to miss the harmony among economic, social, and environmental interests promoted by the idea of sustainability<sup>16</sup>.

Historically, it is possible to see two major peaks corresponding to two major technological revolutions. The first wave of techno-urban development is connected to the Second Industrial Revolution: a time of ground-breaking innovation with an unheard-of distribution and application, especially in urban areas. As opposed to the First Industrial Revolution which had been chiefly brought to life by amateurs, instead of professional scientists, the Second Industrial Revolution was moved by a synergy among science, industry and economy, as manifest in partnerships between teams of scientists and private businesses<sup>17</sup>.

The wide spreading of steel, for instance, the production of which became cheaper in 1856 with the invention of the Bessemer converter, paired with the debut of reinforced concrete in civil engineering in 1884, made it possible to build monolithic architectural structures such as skyscrapers and long suspension bridges. Soon after the introduction of these innovations, in 1885, Benz patented the first automobile: this invention was rapidly popularized in the next ten years by the Ford Motor Company, with important consequences in terms of urban living and design. The

---

*rolling global fiscal pressures, the competing demands for natural resources and the intensifying movement of people including rural–urban migration. In this context, the term development itself is complex and difficult”.*

<sup>15</sup> We know that the genesis and development of urban settlements is a process burdened with planetary consequences. Where the smart-city phenomenon will lead cities, societies and, ultimately, the planet, is an open question. Part of the answer lies in the ideological underpinnings of smart urbanism. Human actions are largely driven by ideas, and urbanisation, as the human endeavour par excellence, is not immune to this causal link.

<sup>16</sup> By investigating the nature, meaning and implications of the core ideas at the foundation of the concept of smart city, it is therefore possible to develop a critical understanding of where the smart-city phenomenon is coming from and, above all, of what urban future it is shaping. Building upon this premise, the chapter unpacks the imaginary of the smart city, taking the reader on a journey which, across time and space, explores the intellectual roots of the theory and practice of smart urbanism.

<sup>17</sup> What Jensen describes as a “capital-intensive production” led to “rapid growth in productivity” which, through the support of novel strategies and means of mass-distribution, led, in turn, to a capillary diffusion of new technologies. In this context, technological development went hand in hand with urban development.

diffusion of cars led to the construction of highways and arterial roads which broadened the fabric of cities. In addition to the devouring of large amounts of natural habitat, these techno-urban developments led to a geographical and, above all, social revolution<sup>18</sup>. During the first half of the twentieth century, the evolution of ICT was comparatively quick and in the 1970s, with the introduction of early computers, it brought to a major technological milestone, the consequences of which on cities were going to be deep, but not instantly apparent. More specifically, the new technological model introduced by the convergence among micro-electronics, computing, telecommunications and broadcasting, was ground-breaking in as much as, in addition to the large scope of its diffusion, it generated what still is a network architecture that cannot be directed from any centre, and is built out of thousands of autonomous computer networks with countless ways to link up, bypassing electronic barriers<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> As Hall observes, in ‘the city on the highway’, car-owners became able to travel long distances to access services such as retail, education and health, as well as their workplace. Therefore, living in the proximity of the centre of the city, where most services and jobs were traditionally located, was not necessary anymore. This was the beginning of suburbanisation and the genesis of a lifestyle highly dependent on cars and fossil fuels.

<sup>19</sup> OSTROM E. (1990), *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge; RACO M. (2005), *Sustainable Development, Rolled-out Neoliberalism and Sustainable Communities*, *Antipode*, 37(2), pp. 324-347. In particular, “works on neo-liberalization offer stimulating avenues for understanding the emergence of urban sustainability and transformations in urban environmental policies. By highlighting the importance of the transformations of capitalism and of state rescaling strategies, these works provide vital insights into sustainability policies. Their descriptive potential is visible at two main levels. The rollback/roll-out periodisation has proved to be very heuristic to understand the strong interest of urban political elites for sustainability at the turn of the millennium. It has also helped to understand why urban environmental policies are increasingly driven by the objective of enhancing the competitiveness of cities or controlling the factors (pollution, congestion, urban sprawl, etc.) liable to hinder that competitiveness. Second, the neo-liberalization framework also shows to what extent sustainability policies and eco-neighbourhood projects are selective in their objectives. By choosing to pursue objectives considered win-win from environmental and economic perspectives and designed to meet the expectations of the middle and upper classes, these policies are notable for their thematic, social and spatial selectiveness, which backs up some of the hypotheses put forward in work on neoliberalization. While this research agenda encourages a subtle reading of changes in the macroeconomic and political/institutional contexts that affect cities and urban policies, together with many avenues helping to explain the successful penetration of sustainability in urban policies, it sometimes has trouble getting away from a unified and too general vision of sustainability policies that in fact form a mixed bag with rationales and effects that can vary considerably (Rohracher and Späth, 2014). This abstract, all-encompassing feature of the analytical perspective (Harding 2007; Cochrane 2008; Pickvance 2012; Pinson and Morel Journal, 2016) is not a limitation specific to the neo-liberalization research agenda but applies more generally to most ambitious theoretical frameworks. Work on neo-liberalization undoubtedly does seem to pay significant attention to the variety of local and national institutional contexts and warns against “the illusions of monolithic thought or convergence theories” (Peck 2004: 403)”. However, these precautions only rarely result in careful analyses of local contexts that clearly reveal the stakeholders and their interests (Kaika and Ruggiero 2014; Halpern and Pollard 2016). In this way, neo-liberalization of urban policies involves a set of complex processes that need to be studied taking local contexts into account and identifying social, economic and political interests that lie behind those processes. Despite these limitations, it can be productive to use work on political economy that deals with the neo-liberalization of urban policies to understand the transformation of the relationship between cities and the environment. This helps “first to bring out the structural dynamics (changes in capitalism, uneven development processes, new role of cities in economic regulations, etc.) at work in the transformation of

In spite of the fact that, like the Second Industrial Revolution, the ICT revolution was energetically and rapidly triggered by the capitalistic gains of competing private business, such as Intel, IBM and Apple, the dynamics of urbanisation stayed widely consistent until the end of the century (Hall, 1988). Especially regarding urban design, architecture and civil engineering, this immobility can be justified by examining the materiality of the technology considered. While the industrial outcomes of the Second Industrial Revolution (engines, steel, reinforced concrete and cars) were defined by a distinct weight and volume, the same cannot be claimed for the results of the ICT industry. Despite being linked to a physical infrastructure, the Internet has an intangible nature, and computers, since their origins, have been evolving by ensuing the logic of miniaturisation, so as to occupy less and less physical space. Basically then, the city could not overlook the physicality of the Second Industrial Revolution, while instead, from a material perspective, it hardly became aware of the *Zeitgeist* of the information age<sup>20</sup>.

Since the late 1980s, nearly side by side with the concept and exercise of sustainable growth, the world has witnessed the strengthening of the Information Age on the back of the Internet and World Wide Web, the consistent increase of democratization of digital and ICTs, and the advancement of computer hardware and software industries. Even though the initial forms of Internet were in employment since the 1960s, its universal application received a push after the World Wide Web (the Web) was invented by Tim Berners-Lee in 1989. During the 1990s, the world observed a digital boom in the use of Internet and the Web. With the increase of e-mail usage, along with the arrival of graphics-based Web browsers, Internet and the Web became an essential part of people's daily life. As an extensive amount of information started being uploaded and made accessible on the Web, a number of search engines were designed and implemented, such as WebCrawler, Magellan, Excite, Infoseek, Inktomi, Northern Light, AltaVista, and Netscape, which were subsequently joined by Google, Bing, and Yahoo!<sup>21</sup>. Another inclusive dimension to the use of the Web was added by the launch of Wikipedia in 2001. The Internet and Web have nowadays become so customary for lots of people, particularly young

---

*urban environmental policies. In addition, the work helps to place at the heart of the analysis the spatial inequalities connected with modification of urban environments and the adoption of strategies designed to preserve the environment, unevenly, in cities*". As a result, so long as subtler, more contextualized analyses are produced that reintroduce the idea of "agency", work on neo-liberalization could represent a heuristic framework for research into urban environmental policies.

<sup>20</sup> There are of course exceptions in this story, and these are the cities which have pioneered smart urbanism. From a historical perspective, the first one is arguably Los Angeles which in the 1970s was a frontrunner in the use of what we now call *big data*. A policy report found by Vallianatos (2015), shows that in 1974, the urban development of Los Angeles was being shaped by computer data.

<sup>21</sup> RIFKIN, J (2015), *The Zero Marginal Cost Society: The Internet of Things, the Collaborative Commons, and the Eclipse of Capitalism*, Palgrave Macmillan, New York.

persons, that it is quite hard to conceive how everyday life and the world were like without e-mail, Web search engines, online encyclopaedias and e-commerce, just to mention a few.

The ever-growing use of the Internet and the Web has been closely associated with the creation, evolution and application of ICTs. Innumerable inventions have been created in the improvement of ICTs, like personal computers (PCs), laptops and notebooks, far-away-Xerox (FAX) machines, digital and three-dimensional (3D) printers, scanners, and photocopiers. Wireless local area network (WLAN or Wi-Fi), teleconferencing, videoconferencing, and Web conferencing - including 'webinars' (Web seminars), webcasts, peer-level meetings - have become everyday words. Internet technologies back real-time, point-to-point connections that have changed information flows, originating new fields, such as telemedicine. The consolidation of Information Age has been eased by the advancement of computer hardware and software industries, which have remodelled the economies of cities and regions, especially in the form of information technology (IT) parks and knowledge parks. Moreover, the Information Age relies on the continuing diffusion of ICTs, huge investments in the expansion of IT infrastructure around the world and the universal spread of electronic literacy (e-literacy). The appearance of smartphones in the last few years has reinvigorated the Information Age and the world of ICTs. A mix of mobile or cell phone and laptop, the smartphone is considered the greatest technological revolution since the creation of the Internet<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> KRUEGER R., GIBBS D. (2007). *The sustainable development paradox: Urban political economy in the United States and Europe*, Guilford Press, New York and London; LUQUE-AYALA A. (2015), *Developing a critical understanding of smart urbanism?*, *Urban Studies*, 52(12), pp. 2105-2116; MOLINARI F. (2012), *Innovative business models for smart cities: Overview of recent trends*, in the Proceedings of the European Conference on e-Government, ECEG 2012. As said, a new language of "smartness" is reshaping debates about contemporary cities, along with a new set of programmes and practices that are intent on realising smart urbanism. This is visible in, for example, the importance given to 'smart cities' in the EU Strategic Energy Technology Plan (European Commission, undated), the prolific development of 'smart city initiatives' in Asia, Australia, the US and elsewhere (e.g. EPRI, 2012; SmartGrid.gov, undated), and the emergence of dedicated teams aimed at developing business opportunities in SU projects within global engineering, telecommunications and utilities companies such as IBM, Cisco, Toshiba, Google, General Electric, Hitachi and others (Luque, 2014). SU is projected, often following normative or teleological approaches, as a futuristic solution brought to the present to deal with a broad multiplicity of urban maladies, including issues of transport congestion, resource limitation, climate change and even the need to expand democratic access, amongst others. Taken together, "these new drivers and programmes are creating a new lexicon through which the development of (smart) cities is being forged —urban apps, big data, intelligent infrastructure, city sensors, urban dashboards, smart meters, smart buildings, and smart grids. While often radically different in ambition and scope, the shift from conventional to smart logics is accompanied by new expectations of network flexibility, demand responsiveness, green growth, new services, and connected communities. These expectations, in turn, are driving investments and reshaping policy priorities leading to the accelerated rollout of SU globally. Yet, the potential, limitations and broader implications of this transformation have seldom been critically examined. Existing research in the field has focused on the technical, engineering and economic dimensions of smart systems (Jamasp and Pollitt, 2011; Bakıcı et al., 2013; Alawadhi et al., 2012; Wade et al., 2011). This research tends to have a 'problem solving' focus, concerned with achieving optimal outcomes for smart systems under current technical, political

All of this results in an exceptional development in global information flows about the economy, society, culture, environment, and similar. Relying on the analysis of such innumerable flows, sociologist Manuel Castells announced in the late 1990s the advent of Network Society through his renowned trilogy on *The Information Age*<sup>23</sup>. In Europe, IoT is progressively seen as “the next revolution”. An example of this is ‘sharing economy’ that has been growing over the past few years, even though the rules and regulations that control it are yet to be fully pondered. Moreover, the sharing economy is considered to have correlations with smart cities.

The ideas of smart cities and smart economy come into play when issues related to cities, their devised and sustainable growth, effective management, and incisive and participatory governance exist in abundance, within the larger context of climate change and global economic deceleration. The smart city notion is based on a mixture of ideas on how ICTs might add to enhancements in the functioning of cities, boosting their competitiveness, strengthening their efficiency, and discovering new ways to face issues of poverty, social deprivation, and poor environmental management. It is not unexpected that the concept of smart city closely relates to the idea and international practice of sustainable urban advancement. As a result, it can be assumed that the concept of smart cities and its realisation could possibly support the idea and practice of sustainable urban development that involves economic, environmental, and equity concerns.

---

*and market conditions (NEDO, 2011; Kanter and Litow, 2009; Leydesdorff and Deakin, 2011; Batty et al., 2012), with limited critical analysis (Hollands, 2008). Whilst urban studies has a long tradition of critically examining the interface between space and digital technologies (Graham, 2002; Graham and Marvin 1999; Boyer, 1992; Crang, 2010; Crang and Graham, 2007; Thrift and French, 2002), and information studies has targeted the city as one of its key domains of study (Forlano, 2009; Foth, 2009; Galloway, 2004; Middleton and Bryne, 2011), narratives and practices around notions of ‘smartness’ have been largely absent. In this context a limited number of practitioners and scholars are starting to question the problem-solving powers of ‘smart’, by asking questions around democracy and citizenship (Townsend, 2013; Greenfield, 2013; Halpern et al., 2013), drawing attention to the specific mechanisms through which code operates (Kitchin and Dodge, 2011), pointing to the risks of big data and a city with ‘sensory capabilities’ (Thrift, 2014a; 2014b; Klauser and Albrechtslund, 2014) and examining how smart rationalities and techniques alter contemporary functionings of power, space and regulation (Klauser, 2013)”. More recently, scholars working on the interface between politics, life and the environment —drawing on post-structuralist thinking and often outside the world of urban geography— have been examining the ways in which the material manifestations of such smart logics (through, for example, the ubiquity of environmental sensors and dashboards) are transforming modes of governing both the city and society as a whole (Braun, 2014; Gabrys, 2014).*

<sup>23</sup> More recently, Jeremy Rifkin has argued that the digitalized communication Internet is converging with a digitalized, renewable “Energy Internet” and a digitalized, automated “Transportation and Logistics Internet” to create a super “Internet of Things” (IoT) infrastructure.

## 5. The indispensable and essential role of technology.

In order to get around the city, people increasingly use bike sharing or car sharing, or the services provided by AirBnB; the Uber issue has sparked a heated debate, marked by discussions, suggestions and oversights; experts argue about the many prospects, not yet entirely examined, of better handling of physical infrastructure through IT (consider the chance of unbundling the utilization of a road or highway network, which could be in some way "unpacked", in order to get a service platform that consumers can use to dialogue with). Because of the current technologies, we are observing the advancement of flexible energy distribution modules - the so-called smart grids - where users become lead characters using the exchange of data with manufacturers and distributors<sup>24</sup>. Urban centres support ventures with the purpose

---

<sup>24</sup> SÖDERSTRÖM O., PAASCHE T. (2014), *Smart cities as corporate storytelling*, *City*, 18(3), pp. 307-320; TRENCHER G. (2017), *Stretching "smart": advancing health and well-being through the smart city agenda*, *Local Environment*; VIITANEN J. (2014), *Smart cities and green growth: outsourcing democratic and environmental resilience to the global technology sector*, *Environment and Planning A*, 46(4), pp. 803-819. As said, most smart-sustainable projects focus on entrepreneurial forms of urban development that utilise cutting-edge technologies to simultaneously boost the economy while reducing environmental impacts. This is the classic formula of green growth that has dominated sustainable urban development discourse for the last three decades (Schuurman *et al.* 2012, Tranos and Gertner 2012, Lee *et al.* 2014). As Haarstad (2016, p. 7) notes, "sustainability is largely an assumed result of more efficient, cost-effective urban systems and greater availability of data." Meanwhile, social considerations are limited to supporting job creation and encouraging citizen participation through open data platforms (Bakıcı, Almirall and Wareham 2013, Arrizabalaga *et al.* 2016, Lee *et al.* 2014, Hielkema and Hongisto 2013). Glasmeier and Nebiolo (2016, p. 2) contend that "smart" labels that we attach to everything from wireless sensors to automated vehicles are frequently unconnected to social objectives, arguing "the unintended consequence of smart city 'making' is to privilege technologies without equivalency tests that make clear what the public values are and what the basic needs are that these values seek to promote." This suggests that "the starting point for smart cities should be social issues rather than the narrower goal of technology diffusion (Hollands 2015). In other words, technology-centred agendas should be demand-driven and focus on residents' needs rather than being supply-side driven and principally concerned with economic growth objectives (Söderström 2016). Thus, there is a need for smart cities to be more relevant to a broader array of societal issues (Glasmeier and Nebiolo 2016)". The objective of enhancing public health has the potential to address the social shortcomings of smart cities. Enhanced human health is increasingly seen as a co-benefit of urban planning, particularly in the field of public health (Giles-Corti *et al.* 2016). This is, however, "principally from an urban engineering perspective where compact cities are designed to provide sustainable public transport, opportunities for walking, cycling, exercise, reduced crime, safe and nutritious food, vegetation in public spaces and clean air (Ramaswami *et al.* 2016, Sallis *et al.* 2016). Greater well-being and health for residents is produced by a cleaner and more liveable urban environment. While these physical environment planning approaches hold much promise to promote healthy lifestyles and positively impact the lives of urban residents, there is a flipside. Scholars like Caprotti *et al.* (2015) underscore that the privilege of residing in corporation-driven new smart cities can constitute a luxury out of reach from poorer populations due to high property premiums". Developments in data management and health care suggest that digital technologies have significant promise to advance human health and well-being in urban settings. In conventional smart cities, the Internet of Things (IoT) and ICT sensors link appliances, building components, transport systems and residents to increase efficiency of energy usage and allocation of resources. Similarly, "emerging research and experiments in medicine and public health demonstrate that digital technologies can also link residents and technological artefacts with data and information networks to optimise health care efficiency and effectiveness (Andreassen *et al.* 2015). For example, wireless sensors can measure physical activity and provide data-based

of enabling the allocation of spaces, technologies, experiences: expressions like co-working, cloud-computing, crowdsourcing, crowdfunding, peer to peer, prosumer, etc. are new terms at this point widely spread in daily speech; apps that apply information owned by local governments, or that relate to the pertinent services, quickly increase<sup>25</sup>.

That being said, the Smart City initiatives are essentially backed up by smart technologies, like the Internet of Things (IoT) and Information and Communication Technology (ICT) that supply the technical structure to carry out smart city projects. Smart city initiatives cannot take place without the indispensable technology of IoT. The “things” of the IoT - devices, sensors, applications - gather the data that makes the technology solutions effective. For instance, smart water meters pertaining to water quality and management, warning the water company of leaks, or potential contamination. Smart city initiatives require large data analytics to work. The IoT produces extensive datasets that must be examined and processed to make smart city services operative. Big data platforms, part of the city ICT infrastructure, have to organize, examine and process the data collected from the IoT. City administration combines ICT solutions to link public services, simultaneously engaging communities in local governance, in order to improve cooperation<sup>26</sup>.

Examples of utilization of IoT in smart cities include:

- city lighting. The intelligent streetlights work as Wi-Fi hotspots, equipped with a surveillance camera, charging outlets for electric cars and phones, and even determine the air quality. This multitasking street light functions as a sensor and an actuator, providing services that improve the quality of life of the citizens and collecting relevant data about the environment at the same time;
- waste management. Cities are using technologic solutions in order to attain a cleaner environment and cut waste. For instance, Songdo district in South Korea is decreasing noise pollution getting rid of garbage trucks altogether. Buildings have a smart garbage collection station where residents place the trash bags,

---

*diet and lifestyle guidance (Koch 2010), electronic communication networks can link health care professionals, patients and family caregivers to enhance health literacy and preventative care (Haluza and Jungwirth 2015), “telemedicine” can enable homecare of the elderly and relieve doctor shortages (Obi et al. 2013) while social media applications and digital devices can promote the social inclusion of care recipients (Hasan and Linger 2016). Moreover, Thomas et al. (2014) argue that dominant conceptions of urban health need to be expanded beyond illness and disease to encompass mental and social well-being. This points to an important challenge for smart cities – that of using technologies to promote not only physical health but also mental and social well-being”.*

<sup>25</sup> According to a statistical survey reported by G. Siciliano, *Smart City between definitions and measurement methodologies*, in *Smart City, the city reinvents itself: Tools, policies and solutions for a sustainable future*, Milan, 2015, 105 ff., it turns out that on the subject of Smart City "almost half of the studies have been carried out in in "Computer Science", followed by "Engineering" and "Mathematics".

<sup>26</sup> One example of this is the Greater London Authority initiative, where city hall is using an open, common platform to share data with local communities.

divided by organic and combustible. The station has sensors that recognize when is packed. The trash is automatically dispatched through high- pressure pipes directly to the recycling centre;

- connected public transport: sensors in public transportation transmit traffic data to the city transportation management software. They inform you in real-time how long you have to wait for the bus or train, notifying the system traffic congestion or delays.

It's evident that information and communications technology (ICT) plays a crucial role in smart cities by granting access to data that's gathered through information technology elements. This technology, also known as the Internet of Things (IoT), operates by communicating between linked devices while exchanging data that requires internet, wireless connections, and other communication mediums<sup>27</sup>. Mostly smart cities employ IoT devices to collect data and aptly process it for implementing it in a specific area. Smart city sensors and connected devices gather data from several smart city gateways installed in a urban centre and then examine it to improve decision-making.

Cities and their solution providers cannot extract the full value of data if it is kept in different systems and databases that restrict access and use. There are already vast amounts of data in our cities, but a good deal of it is in silos serving specific needs, rather than contributing to the common good. It includes government statistics, maps, details on public tenders<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Kiger P., *Smart Cities Promise a New Way of Living in "Urban Land"*, v. 76, n. 3/4, Marzo/Aprile 2017, pp. 78-85.

<sup>28</sup> WALRAVENS P. (2012), *Mobile business and the smart city: Developing a business model framework to include public design parameters for mobile city services*, Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research, 7(3), pp. 121-135; WIIG A. (2016), *The empty rhetoric of the smart city: from digital inclusion to economic promotion in Philadelphia*, Urban Geography, 37(4), pp. 535-553. The concept of governance is used in a variety of fields and can be defined in divergent ways. Corporate governance is for example "used in strategic management literature to refer to the way in which a company or organization is managed and how managerial and executive processes are organized, or how the market can be seen as a source of governance, influencing firms. This view is less suited for our approach: the business model matrix assumes a complex value network of several companies, rather than focusing on the internal operations of a single firm. Even when adopting a stakeholder approach in strategic management, this still starts from the perspective of a single firm emphasizing "the importance of investing in the relationships with those who have a stake in the firm... (this) depends on the sharing of, at least, a core of principles of values". Additionally, given the initial premise of starting from the city's perspective, we require a more public operationalization of the governance concept and will thus refrain from a strategic management-based approach to the notion". Another field where the concept is also used, and where it already has a closer link to the public sector, is the cultural industries. In critical cultural studies, "the term is e.g. used to refer to the presence of government, management and control in determining cultural policies as well as the processes involved in developing such policies uses it to delve deeper into the tensions between industry, the cultural sector and policy makers and makes a case for "new spaces of governance of the cultural industries". This comes back in who define governance as "the process of decision-making and the process by which decisions are implemented (or not implemented)" and identifies government as the main actor. It also highlights the added complexity to governance in an urban context, given the large number of actors involved. A policy brief by the Institute on Governance focuses more on the public

Technology can make a difference in many areas: better parking, efficient lighting, improved traffic flow, smarter security, improved waste management, and disaster planning. Nonetheless, there's a lot of fragmentation so we have to find a way to link all these distinct standards and put them all in a common, unified platform. Creating a smart city counts on how adequately organizations can share and examine the huge number of data being created. Without the capacity to exchange relevant information in real time, companies engaged both in the private and public sector can't develop the applications that uphold automation, nor the software solutions that constitutes the "smart" capabilities of a city and its infrastructure.

## **6. "New Urban Agenda" and economic development.**

In October 2016, "Habitat III" or the Third United Nations Conference on Housing and Sustainable Urban Development was held in Quito, Ecuador. The United Nations General Assembly decided to bring together the Habitat III Conference to revitalize the worldwide pledge to sustainable urbanization, and to pay attention to the realization of a "New Urban Agenda". As stated by the "Vision for Habitat III" document, the Conference considered the following three main elements for designing a model of sustainable urban development:

- a) National Urban Policy that "makes a connection between the dynamics of urbanization and the comprehensive process of national growth";
- b) Laws, Institutions and Systems of Governance, that "realize the normative basis of action, the operational principles, organizational structures, and institutional and societal relationships behind the process of urbanization";
- c) Urban Economy: "Although there is a great beneficial association between financial development and urbanization, this potential relationship is not voluntary and self-creating. Habitat III could be the aid to establish the fundamental pillars for steady urban economic growth".

In the current urbanizing world and Information Age, this results in an agenda for smart economy in smart cities. It will be an erroneous conviction that if administrations beg and/or borrow, and invest billions of dollars in specific urban centres, smart cities will come up. It is again a mistake to think that if big capitalist and multinational corporations place industries in some cities, smart economy will grow. Conversely, the culture of Smart People in a smart city has to intentionally

---

*characteristics of the concept and defines it as being: about how governments and social organizations interact, how they relate to citizens, and how decisions are taken in a complex world. Thus governance is a process whereby societies or organizations make their important decisions, determine whom they involve in the process and how they render account".*

agree that they are replacing conventional urban economy with smart economy and act in order to build a smart economy. The essential condition for this conversion is the prerequisite of smart economy. Habitat III will consider three 'operational factors' that could help optimise the benefits of the urbanization process, which are (i) urban planning, (ii) local fiscal systems, and (iii) investment in urban basic services<sup>29</sup>.

As urbanization challenges keep rising and additional consolidation of the Information Age takes hold worldwide, it will become more and more crucial to employ every conceivable way to better urban living along with social inclusion, economic growth, and environmental sustainability.

Companies look at smart cities like major business opportunities, considering that some of the world's urban markets are bigger than entire countries. For collaborating with cities and operate efficiently there, companies will have to embrace the mindset of serving people, not just a market. They could discover new business models by searching for certain ways to help cities provide better quality of life. Even enterprises that are not smart city providers could be concerned by the way urban ecosystems develop, and they may have to adjust the way they do business in response<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> KANTER, R.M. (2017) *Informed and Interconnected: A Manifesto for Smarter Cities*, Harvard Business School Working Paper No. 09-141, Boston, MA.

<sup>30</sup> HAARSTAD H. (2016), *Constructing the sustainable city: examining the role of sustainability in the 'smart city' discourse*, *Journal of Environmental Policy & Planning*, pp. 1-15; HARTLEY J. (2005), *Innovation in governance and public services: Past and present*, *Public Money&Management*, 25(1), pp. 27-34; HOLLANDS R.G. (2008), *Will the real smart city please stand up? Intelligent, progressive or entrepreneurial?* in "City", v. 12, n. 3, pp. 303-320. Going deeper into detail, in a context of accelerated growth of cities and increasing demand for solutions enabling more appropriate responses to sustainability challenges, researchers have become more interested in issues related to smart cities. Because of this, recent debates on sustainable urban development have been intrinsically related to smart cities. In fact, it is currently difficult to think of a smart city without associating it with aspects of sustainability and vice versa. The concept of a smart city is not new and has evolved in recent decades, mainly as an answer to the challenges imposed by growing urbanization, digital revolution, and the demands of society for more efficient and sustainable urban services and improvement in quality of life. As a matter of fact, the concept of "smart city" has changed and expanded over time, incorporating elements concerning how residents live in the city and feel about it. All of this not only impacts on the definition of smart city, but also, very proactively, on its strategic practices of governance. Recently, several studies have been aimed at understanding smart cities in all of their different characterising dimensions, emphasising how multidisciplinary the phenomenon truly is and therefore its different aspects depending on context. Although that of "smart city" is still a diffuse concept that can have several interpretations, it is possible to identify a convergence over time on the concepts of intelligent and sustainable city. The consensus is that it must be inclusive, secure, resilient, sustainable, and based on information technologies. More studies have also been developed focusing on the challenge of transforming today's cities into "smarter cities", searching for possible drivers to enhance the process. The main research on this subject can be grouped in technology and governance studies, with these two approaches present in most articles. Technology-related approaches, in short, aim to improve the efficiency of services and infrastructure (e.g., communication, transport, supply, etc.), mainly related to information and communication technologies (ICTs). On the other hand, approaches related to governance focus on management and the interactions between the various stakeholders in the city, connecting and developing socioeconomic and productive interactions among networks of urban actors.

Smart cities, in short, generate new business opportunities and not merely for technology companies. They are a canvas attracting modernization and new business models from professionals in several other industries as well. Companies in multiple industries are already starting to reshape their existing product and service lines to accommodate developing urban markets from utilities that are presenting smart meters and proposing dynamic pricing plans to real estate developers that are incorporating automation systems, sensors, and mobility options into their estates.

Additionally, since administrations were frequently deficient in technical and economical capacity, mutual collaboration between the public and private is essential to improving (urban) infrastructure and services. 'PPPs are an instrument for government to provide and carry out public infrastructure and/or services using the means and competence of the private sector. Where administrations are challenged with deteriorating or lack of infrastructure and need more adequate services, an alliance with the private sector can help promoting new solutions and bring finance'. As mentioned by advocates of PPPs, partnerships employ the experience and abilities of both the public and private sectors and split risks and responsibilities. While the public sector concentrates on policy, planning, and regulation by delegating day-to-day functions, the city takes advantage of the technical proficiency of the private sector.

## **7. Conclusion.**

Based on the study of actual contributions not exclusively at the academic level, but also at the institutional and advisory level with regard to definitions, dimensions and contents of urban intelligence, as well as from the examination of some instances of smart practices, the study draws the following three points in a nutshell.

First, the smart city is essential, not a trend imposed by the continuous evolution of technologies. The main role of cities as incentive of development but also of consumption makes them main leads of the programs for sustainable growth at the level of the United Nations and the European Union. The target are not technologies, but rather the acknowledged enabling aspect of innovative urban solutions suitable to accomplish environmental, social and economic sustainability.

In the second place, in conceiving and implementing a smart and sustainable city, it is vital to maintain an integrated method, in which the urban reality is properly treated as a "system of systems" whose connectors are the citizens enabled by technologies and backed by institutions. Lastly, in terms of content, even if there is no shortage of variants, the smart city is in most cases ascribable to the six dimensions classified by the Vienna Institute and accepted by the European Parliament: Smart

Governance, Smart Economy, Smart Mobility, Smart Environment, Smart People and Smart Living. Cities can select the most relevant areas for them, the crucial point is not to look at the different strands as separate blocks. As a matter of fact, as some contributions emphasize, synergies and interoperability between systems should be conceived and used, incorporating infrastructure and services through cross-dimensional platforms to maximize added value for the residents <sup>31</sup>.

Notably, there is a general agreement both in the literature and in the frameworks for the development of smart cities, on one side with attention to the transversely of smartness: working for different vertical silos is not appropriate, rather it is indispensable to design a "common layer" through which is possible to combine projects, initiatives, services to boost their performance. On the other side, it is essential to create a long-term vision, with some main focuses: the decision of priorities for every city; the establishment of synergies between actual projects and initiatives in the smart sector, but without a vision, and new ones; the introduction of a bottom-up approach to place the residents at the centre and create a city custom-made to meet their needs. Furthermore, it is important investigating what vocabulary and territorial definition are pertinent. If in literature "smart city" is the diplomatic crossroads of synthesis between technological (e.g. intelligent, digital, or wired city) and non-technological (e.g. creative, learning, or knowledge city) concepts, some are already beyond. Additionally, it is convenient to envision the city in a broad sense. In fact, smartness lives on variable geometries, depending on the project motif. Also it is possible to point out that the public authority can occasionally implement an assignment of direct administration or management of tasks, like it occurs when the Smart City initiative includes the handling of public goods or data retained by the administration; in statistically more frequent cases, it operates along different directions, even if arduous to trace back to units. Consider the scenario where the administration must improve or facilitate private activities that do not intercept assets directly supervised by the administration, or even exchange projects and proposals (in some instances, still upstream, the administration proceeds to analyse prototypes invented by private individuals)<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> COCCHIA A., *Smart and Digital City: A Systematic Literature Review* in R. P. Dameri and C. Rosenthal, *Smart City. How to Create Public and Economic Value with High Technology in Urban Space*, Springer International Publishing Switzerland, 2014, pp. 13- 43.

<sup>32</sup> MOSANNENZA F., BISELLO A., VACCARO R., D'ALONZO V., HUNTER G.W., VETTORATO D. (2017), *Smart energy city development: A story told by urban planners*, *Cities*, 64, pp. 54-65; MULLIGAN C.E.A., OLSSON M. (2013), *Architectural implications of smart city business models: an evolutionary perspective*, *IEEE Communications Magazine*, 51(6), pp. 80-85; NEIROTTI P., DE MARCO A., CAGLIANO A.C., MANGANO G., SCORRANO F. (2014), *Current trends in Smart City initiatives: Some stylised facts*, *Cities*, 38, pp. 25-36. More specifically, in the era of the knowledge economy, urban areas should not only redistribute their local wealth, but also invest in the quality of life of their citizens. In this context, SC is a wide notion that encompasses many different socio-environmental aspects and ICT applications. However, it has so

far received limited attention by academic empirical researchers. Despite a recent growing interest in the topic, public administrations still need support to structure the concept of smartness, to capture its implications, to identify benchmarks at the international level, and to find opportunities of improvement. In this scenario of limited empirical evidence and hype on SCs, this paper can be considered a first attempt to provide a comprehensive definition of the concept and an empirical assessment of current trends at the international level. In doing so, the paper proposes a definition of SC that is based on a combination of both academic and practitioner literature. From a theoretical perspective, the exploration of taxonomies that are relevant for the definition of a SC and its application domains allows comprehensive knowledge of such a notion to be acquired. *“This knowledge goes beyond the focus of ICT vendors on digitalization, and also takes into consideration some of the aspects that are related to soft components that have crucial importance on the urban, social and economic development of a city, such as human capital. As far as its empirical contribution is concerned, the paper essentially highlights three key issues. First, there is no dominant design for SCs, as economic development and structural urban variables are important in influencing the way cities design their digitalization paths. In this context, a path dependency effect can be highlighted, as wealthier cities and those with more ‘open’ democracies exhibit higher investments in fields that are related to the development of innovative capabilities. Furthermore, a negative correlation between the scope of SC interventions in hard and soft domains has been reported: cities that are more active in the domains that are aimed at improving their capacity to ‘sense and act’ through ICT systems are less likely to differentiate the initiatives launched for soft domains related to human capital, cultural heritage, and innovation. The second key issue concerns the influence of geographical variables. Again, this observation reflects the principle that each country follows its own smartness strategy, due to the importance of its local socio-economic and cultural background”*. On the basis of this evidence, it is possible to claim that the exportation of best practices may not occur easily. Finally, the number of city domains covered by smart initiatives does not seem to be correlated to the size of a city, considered in terms of population, but it is significantly correlated to demographic density. This shows that both large and small cities exhibit some strengths and weaknesses in terms of innovation capabilities. Basically, small cities represent a good “ecosystem” to launch new experimentation at a limited scale and may exhibit less inertia stemming from past investments in ICT infrastructures. *“On the other hand, large cities usually face more critical needs and problems that entail digitalization endeavours, and they can attract technology vendors more easily as they can offer a larger potential market of more educated citizens. However, density is a factor of developing SC initiatives, as it increases problems related to urban congestion at various levels of the physical infrastructure (e.g. Transportation, energy distribution, waste and water management, etc.).* Policy implications Overall, this study provides policy makers and city managers with useful general guidelines and suggests some practical implications. *On the one hand, the proposed definition offers a systemic and practical perspective of the SC notion as the CI enables a pre-liminary assessment to be made in order to direct the SC planning efforts towards the appropriate application domains and initiatives. In other words, the analysis of the relationships between the CI and the selected contextual variables can help identify the main factors that enable the development of projects which could contribute towards increasing the smartness of a city. Moreover, a practical approach has been proposed to identify the actual efforts that are made to increase the smartness level of a city, to set strategic objectives, and to select effective actions in order to achieve the predetermined targets. In addition, three further conclusions can be drawn, based other findings of this work. Firstly, the negative correlation between hard and soft domains is an indicator that many municipalities and their technology vendors mainly focus on technology, and not on people. However, complementarities between ICT systems and the human/relational capital of the local population should be achieved to facilitate the building of a comprehensive approach for the SC evolution. Secondly, those cities that have planned a broader portfolio of investments in smart initiatives are not necessarily better or more liveable cities. Rather than reaching a good level of democracy and quality of life, these cities could turn into panoptical environments in which the citizens are persistently observed and scrutinised. For example, their vulnerability and resilience could be put at risk as their digital systems could be more easily paralysed by hackers or bugs”*. By requiring greater accessibility to real-time information through electronic devices, and by using taxation to entail investments in digital infrastructure, these cities could follow new unintended paths towards social divide. Policy makers and city planners should therefore take vulnerability, resilience, financial sustainability and social inclusion into consideration in their approaches to build cleverer cities.

In order to look at these hypotheses as a whole, it is supported by the fact that the administration does not handle (or take over) a usual public service, meaning that it does not one-sidedly arrange services, directly intended for citizens, which are assembled around a "public offer" on the market: the public entity, on the other side, must negotiate between private initiatives. It is likewise clear that those choices occasionally have a very critical impact on the physiognomy of the community and on the lifestyle of citizens. The multifaceted role defined above entails the hazard that agreements will be taken at administrative level which, because of their relevance, would be a issue for the policy, while they are accomplished in a circumstance where they miss the usual guarantees of representativeness and responsibility typical of the political headquarters<sup>33</sup>.

Lastly, there are some issues regarded as crucial at the operational level that the literature fails to examine thoroughly. Especially the role of enterprises as promoters and users, not only suppliers, of smart solutions; the choice of the administrative framework, with a propensity for the Public-Private Partnership; the conception, use and development of both public and private financing addressed to smart initiatives, which requires on one side the advancement of new and specific financing tools, and on the other a clarification of the regulatory framework to authorize companies to suggest new business models and extract value from the territory<sup>34</sup>.

The last perspective is to reshape the aspect of cities, so we can also discuss planning as a subcategory of programming and coordination. When we bring up the change in the management of cities, the history of urban planning promptly comes to mind. This is a useful reminder, since it highlights the connection existing between city planning, organization of power and paradigm shifts. It is enough to think of the great revolutions that have marked the history of mankind in order to perceive how the big (also cultural) turning points in our evolution have been accompanied and partly induced by the change in the concept of cities and planning, hence confirming the connection between the management of spaces and power<sup>35</sup>. So far, this has mostly interested the planning of physical space. In fact, as aforementioned at the beginning of this essay, the concepts of "crowdfunding", of "collaborative

---

<sup>33</sup> RIFKIN J. (2015), *The Zero Marginal Cost Society: The Internet of Things, the Collaborative Commons, and the Eclipse of Capitalism*, Palgrave Macmillan, New York; SCHAFFERS H., KOMNINOS N., PALLOT M., AGUAS M., ALMIRALL E. (2012), *Smart Cities as Innovation Ecosystems sustained by the Future Internet*, Technical Report; SICILIANO G. (2015), Smart City between definitions and measurement methodologies, in *Smart City, the city reinvents itself: Tools, policies and solutions for a sustainable future*, Milan, 2015, pp. 105 e ss.

<sup>34</sup> FERRARA R. (2016), *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, Milano, 47.

<sup>35</sup> See OSTROM E., *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.

production", of "collaborative consumption" are spreading terms like "peer to peer" and "prosumer".

All that has been discussed so far, is the main basis for the research community to continue developing. Urban planning, in the traditional sense, is now integrated with the new concept of virtual planning (generically meaning the relationship between public powers and Smart Cities). The purpose is to reinvent the physical spaces and to inclusively share.

The smart approach is obviously subject to risks and nonetheless sceptic opinions, particularly concerning the community, and can be summarized with the below cases.

The idea that communities are comparable to cruise ships: the people who belong to the community share places for a limited amount of time, but do not claim ownership of the accessed infrastructures and resources. Similarly, on a cruise ship, the person moves in a private space in which a power regulates a certain amount of services and uses technologies to improve the quality of life <sup>36</sup>. The idea that communities cohesively follow a certain amount of values, as if it was a "code of conduct", just as it happens on Twitter, opening the community to the possibility of continuous growth without boundaries. In conclusion, the community shares a common sense of trust and faith, using the same resource to multiply its benefits for the entire community (similarly to the miracle of the multiplication of the loaves and fishes). In all three examples above, it would not be possible to have the same experience in ordinary daily life, where the values of the community differ and are regulated by traditional rights and public freedom.

---

<sup>36</sup> FRACCHIA F., *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013, 29 ss.

## LA C.D. "FISCALIZZAZIONE DELL'ABUSO EDILIZIO".

**L'art. 38 del t.u. edilizia, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380 alla luce della recente pronuncia dell'adunanza plenaria: Cons. di Stato, Ad. Plen., 7 settembre 2020, n. 17**

**Avv. Stefano De Rosa**

**ABSTRACT [ENG]:** *The purpose of the article is to analyze the decisions of the Plenary Meeting of the State Council n. 17 of 2020 about the "taxation of building abuse". As Provided for in Article 38 of D.P.R. 380/2001, in case of annulment of building permits, if it is not possible to remove the breach of administrative procedures or the restoration of the condition of the permises, the Administration have to apply the penalty. With the payment of the penalty the builder get the same effects of the amnesty provided for in article 36 of D.P.R. 380/2001. The decisions of the Plenary Meeting of the State Council states which types of breach legitimises the implementation of this particular amnesty, only formal and procedural breach or substantive legal flaws.*

**ABSTRACT [ITA]:** Il presente elaborato intende analizzare la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 7 settembre 2020 in merito alla c.d. "fiscalizzazione dell'abuso edilizio". Come previsto dall'art. 38 del D.P.R. 380/2001, in caso di annullamento del permesso di costruire, ove non fosse possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative ovvero la restituzione in pristino, l'Amministrazione applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36 del D.P.R. 380/2001. La pronuncia in esame stabilisce quali tipologie di vizi legittimano l'applicazione della sanatoria in esame, se meramente formali ovvero di natura sostanziale.

**SOMMARIO:** **1.** Premessa; – **2.** La questione giuridica analizzata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato: gli orientamenti giurisprudenziali pregressi.; – **3.** La posizione dell'Adunanza Plenaria: Sentenza n. 17 del 7 settembre 2020.; – **4.** Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa.

Con ordinanza n. 1735 del 2020 la IV Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione concernente l'esatta delimitazione dei vizi che consentono, in luogo della demolizione, l'applicazione del regime di c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio previsto dall'art. 38 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (T.U. Edilizia).

Il deferimento della questione all'Adunanza Plenaria trae origine dalla seguente vicenda, in questa sede sommariamente ripercorsa. I Sig.ri Tizio e Caio, proprietari di un fabbricato rurale, ottenevano dal Comune Alfa un permesso di costruire per rilocalizzare più a valle, ristrutturare e ampliare il predetto fabbricato. Una volta eseguito l'intervento il permesso di costruire veniva impugnato dalla Sig.ra Mevia, proprietaria dell'immobile limitrofo. Il T.A.R. adito, ritenuto sussistente il contrasto tra l'opera realizzata e le norme tecniche di attuazione del locale strumento urbanistico generale, accoglieva il ricorso annullando il provvedimento impugnato. A seguito dell'annullamento giurisdizionale il Comune Alfa applicava ai titolari del permesso di costruire annullato la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 del T.U. 380/2001 per una parte del manufatto preesistente ordinando al contempo la demolizione di altra parte dell'opera di nuova costruzione.

Contro il provvedimento amministrativo comunale e contro gli atti successivi venivano proposti due distinti ricorsi. L'uno dai Sig.ri Tizio e Caio, finalizzato a evitare la demolizione della parte non sanata; l'altro dalla Sig.ra Mevia, finalizzato al contrario a ottenere la demolizione dell'intero edificio. Il T.A.R. adito accogliendo il ricorso della Sig.ra Mevia dichiarava la nullità del provvedimento impugnato e di tutti gli atti consequenziali e ordinava al Comune Alfa di eseguire la sentenza da ottemperare mediante la demolizione dell'intero manufatto.

Avverso tale pronuncia i Sig.ri Tizio e Caio ed il Comune Alfa proponevano appello giungendo così la questione all'attenzione della IV Sezione del Consiglio di Stato.

## 2. La questione giuridica analizzata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato: gli orientamenti giurisprudenziali pregressi.

La questione di diritto sottoposta all'Adunanza Plenaria concerne la corretta interpretazione dell'art. 38 T.U. 6 giugno 2001 n. 380 nel senso di stabilire, nel caso di un intervento edilizio eseguito in forza di un permesso di costruire poi annullato in sede giurisdizionale, quale tipologia di vizi consenta la sanatoria disciplinata dalla predetta disposizione che, nel prevedere l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria il cui pagamento produce, ai sensi del comma 2 dell'articolo *de quo*, i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria, ha reintrodotto l'istituto comunemente noto come fiscalizzazione dell'abuso<sup>1</sup>.

Ragioni di completezza espositiva impongono di riportare di seguito il testo della disposizione in esame, rubricata "Interventi eseguiti in base a permesso annullato". *«In caso di annullamento del permesso, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'art. 36<sup>2</sup>»*. Il contrasto giurisprudenziale formatosi sulla disposizione testé richiamata verteva sulla corretta interpretazione del dettato normativo in ordine

<sup>1</sup> In questi termini si è espressa la Sezione IV del Consiglio di Stato. Ragioni di completezza espositiva impongono di evidenziare come l'antecedente normativo della disposizione in esame si ritrova nell'art. 11 della l. 28 febbraio 1985 n. 47 rubricato come "Annullamento della Concessione" il quale prevedeva che *«in caso di annullamento della concessione, qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il sindaco applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'ufficio tecnico erariale. La valutazione dell'ufficio tecnico è notificata alla parte dal Comune e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti della concessione di cui all'art. 13»*. Come si vedrà nel corso della trattazione tale disposizione risulta sostanzialmente identica all'art. 38 in esame assumendo così rilevanza ai fini della presente trattazione anche la giurisprudenza formatasi su tale disposizione.

<sup>2</sup> Tale disposizione disciplina l'accertamento di conformità ossia la sanatoria degli interventi abusivi perché realizzati senza titolo, tuttavia conformi alle norme urbanistico-edilizie. In particolare, si prevede che il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possano ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda.

alla tipologia di vizi che consentivano l'applicazione dell'istituto in esame. Sul punto si riscontravano tre diversi orientamenti in seno al Consiglio di Stato.

Un primo orientamento<sup>3</sup>, più recente, propendeva per un'interpretazione più ampia dell'art. 38 in un'ottica di favore per il privato autore dell'abuso. Secondo tale indirizzo, in linea di diritto, la norma in esame si ispira ad un principio di tutela degli interessi del privato mirando ad introdurre un regime sanzionatorio più mite proprio per le opere edilizie conformi ad un titolo edilizio successivamente rimosso, rispetto alla diversa ipotesi di altri interventi abusivi eseguiti fin dall'origine in assenza di titolo. Tale previsione, ad avviso di questo filone interpretativo, mira a tutelare un certo affidamento del privato così da ottenere la conservazione di un bene che è pur sempre sottoposto a sanzione. In altri termini, il regime sanzionatorio più mite rispetto all'ipotesi di costruzione *sine titulo* trova la sua giustificazione nella valorizzazione dell'affidamento riposto dall'autore dell'intervento sulla presunzione di legittimità e comunque sull'efficacia del titolo assentito<sup>4</sup>. Pertanto, all'Amministrazione è richiesta una verifica sulla emendabilità dei vizi formali o sostanziali, ovvero se la demolizione sia effettivamente possibile senza recare pregiudizio ad altri beni o opere del tutto regolari. In presenza dei predetti presupposti per la convalida dell'atto, dunque, l'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata determina i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'art. 36 del testo unico.

In definitiva l'indirizzo giurisprudenziale sin qui ripercorso ha ritenuto che la norma in esame si applichi indipendentemente dal tipo di vizio che ha caratterizzato la procedura, sia esso di natura formale o sostanziale. In questo senso si è evidenziato

<sup>3</sup> *Ex multis* Cons. di Stato, Sez. VI, 14 aprile 2020 n. 2419; Cons. di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019 n. 5089; Cons. di Stato, Sez. VI, 28 novembre 2018 n. 6753; Cons. di Stato, Sez. VI, 9 aprile 2018 n. 2155; Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2017 n. 2160; Cons. di Stato, Sez. VI, 12 maggio 2014 n. 2398; Cons. di Stato, Sez. IV, 17 settembre 2012 n. 4923.

<sup>4</sup> Sul punto si veda A. SENATORE, *L'esecuzione delle sanzioni amministrative da illecito urbanistico edilizio*, in F. CARINGELLA, U. DE LUCA, *Manuale dell'edilizia e dell'urbanistica*, Roma, 2017m 1275 ss. secondo cui la disposizione in esame «rappresenta una speciale norma di favore, che differenzia sensibilmente la posizione di colui che ha realizzato l'opera abusiva sulla base di un titolo annullato (c.d. abusività sopravvenuta) da quella di chi ha realizzato un'opera abusiva sin dall'inizio senza alcun titolo abilitativo (c.d. abusività originaria) per il quale ultimo l'art. 31 del T.U. edilizia prevede sempre, senza eccezione alcuna, la sanzione della demolizione. L'art. 38 è una speciale norma di favore che non si pone in contraddizione con quanto stabilito dall'art. 31 dello stesso T.U. andando a prendere in esame una fattispecie astratta di abuso edilizio ben diversa da quella presa in esame dall'ultima disposizione menzionata. [...] Se fosse mancata un'espressa previsione legislativa, la posizione del privato che realizza l'opera sulla base di un titolo edilizio annullato non si sarebbe differenziata da quella del privato che ha realizzato l'opera priva del titolo edilizio sin dall'origine».

come l'espressione "vizi delle procedure amministrative" contenuta nel comma sopra riportato alluda a vizi di carattere formale trattandosi, tuttavia, solo di una delle ipotesi in cui la sanatoria è ammessa. La norma in esame infatti ne contiene un'altra, collocata su un piano di parità con la predetta, riferita all'ipotesi in cui non sia possibile la "rimessione in pristino", ipotesi che ha riguardo anzitutto a problematiche di tipo tecnico ingegneristico e, pertanto, prescinde dal tipo di vizio considerato.

Riassumendo, l'articolo in esame ha così previsto tre possibili rimedi: a) la sanatoria della procedura nei casi in cui sia possibile la rimozione dei vizi della procedura amministrativa con conseguente non applicazione di alcuna sanzione edilizia; b) qualora non fosse possibile la sanatoria, è prevista la sanzione in forma specifica della demolizione; c) solo nel caso in cui non sia possibile applicare la sanzione in forma specifica, in ragione della natura delle opere realizzate, l'Amministrazione è obbligata ad applicare la sanzione pecuniaria nel rispetto delle modalità sin qui ripercorse. La giurisprudenza in esame ha peraltro fornito un'interpretazione in ordine al concetto di possibilità di ripristino, da intendersi non come mera "possibilità tecnica", ma occorrendo una valutazione sulla opportunità di ricorrere alla demolizione comparando l'interesse pubblico al recupero dello *status quo ante* con il rispetto delle posizioni giuridiche soggettive del privato incolpevole che aveva confidato nell'esercizio legittimo del potere amministrativo. Tale considerazione appare in linea con il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa che impone all'Amministrazione il perseguimento del pubblico interesse con il minor sacrificio possibile dell'interesse privato. In questo senso allora l'individuazione dei casi di impossibilità non può arrestarsi alla mera impossibilità (o grave difficoltà) tecnica dovendosi prendere in considerazione ragioni di equità o di opportunità e dovendosi altresì ritenere la sanzione demolitoria come l'*extrema ratio*.

In conclusione, l'orientamento giurisprudenziale sin qui ripercorso ha inteso l'art. 38 citato quale "speciale norma di favore" volta a differenziare sensibilmente la posizione del privato che abbia realizzato l'opera abusiva senza alcun titolo e tutelando l'affidamento del privato che ha avviato i lavori sulla base di un titolo ottenuto.

Un secondo indirizzo<sup>5</sup>, più restrittivo, ha ritenuto che la fiscalizzazione dell'abuso sia possibile soltanto nel caso di vizi formali o procedurali non emendabili con conseguente ordine di rimessione in pristino da parte dell'Amministrazione in ogni altro caso. In questo senso, l'effetto sanante previsto dal citato art. 38 va circoscritto alle sole ipotesi nelle quali il titolo edilizio sia stato annullato per vizi di carattere formale o procedurale, non essendoci così alcuno spazio per applicare le previsioni di cui all'art. 38 ove sia stata accertata in sede giudiziale la sussistenza di un vizio del titolo avente natura sostanziale.

A sostegno di tale assunto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato in esame ha richiamato l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale<sup>6</sup> circa l'espressione "vizi delle procedure amministrative", secondo cui l'inciso normativo considerato non si presta ad una molteplicità di significati, tale da abbracciare anche i vizi di natura sostanziale che, al contrario, esprimono un concetto ben distinto da quello di vizi procedurali, con la conseguenza di escludere la sanatoria nelle ipotesi di violazioni diverse da quelle formali-procedurali.

In punto di tutela dell'affidamento del privato autore dell'abuso, le pronunce riconducibili all'orientamento più restrittivo giungono a conclusioni diametralmente opposte rispetto al primo indirizzo considerato: la posizione dei privati che abbiano realizzato un'opera sulla base di concessioni edilizie annullate in sede giurisdizionale – ad avviso della giurisprudenza in esame - non si differenzia da quella di coloro i quali abbiano realizzato l'opera abusivamente *sine titulo*<sup>7</sup>.

In altri termini, le opere edilizie costruite diventano abusive in ragione dell'annullamento in sede giudiziale del titolo abilitativo, in tal caso non potendosi parlare di "tutela dell'affidamento del privato" in quanto istituto attinente alla diversa ipotesi di annullamento in sede amministrativa e non giurisdizionale, ove il beneficiario del titolo abilitativo si assume il rischio e pericolo di un eventuale annullamento in esito ad un ricorso proposto da terzi che si ritengano lesi. La possibilità di dare rilievo alla situazione soggettiva di affidamento nel caso di opera

<sup>5</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 9 maggio 2016 n. 1861; Cons. di Stato, Sez. IV, 16 marzo 2010 n. 1535; Cons. di Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 753; Cons. di Stato, Sez. IV, 21 ottobre 2013 n. 5115; Cons. di Stato, Sez. V, 22 maggio 2006 n. 2960; Cons. di Stato, Sez. V, 26 maggio 2003 n. 2849; Cons. di Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2002 n. 7001; Cons. di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2001 n. 5407;

<sup>6</sup> Corte Cost., 11 giugno 2010 n. 209. Nella sentenza citata la Corte Costituzionale è stata chiamata a giudicare della legittimità di una norma di interpretazione autentica di una disposizione provinciale di tenore identico a quella nazionale che qui si discute.

<sup>7</sup> In questi termini si era espressa anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 aprile 2009 n. 4.

realizzata in base ad un titolo originariamente all'apparenza legittimo e poi annullato in sede giudiziale contrasterebbe con i principi generali dell'ordinamento. Questo poiché la situazione soggettiva di affidamento è configurabile solo nei confronti dell'Amministrazione che avvii un procedimento finalizzato all'annullamento e non nei confronti del giudice chiamato a giudicare sulla legittimità del titolo edilizio sulla base di un ricorso di terzi che si assumano lesi dal rilascio del titolo stesso, dovendo il giudice limitarsi a statuire sulla domanda proposta dai predetti soggetti senza che possa assumere rilievo la valutazione comparativa degli opposti interessi *ex art. 21 nonies* l. n. 241 del 1990. In definitiva l'orientamento sin qui ripercorso esclude che l'istituto della fiscalizzazione dell'abuso possa determinare effetti sostanzialmente identici a quelli derivati dai condoni edilizi, con conseguente applicazione dell'art. 38 del T.U. n. 380 del 2001 ai soli casi di vizi formali o procedurali non emendabili.

Vi è infine un terzo indirizzo intermedio<sup>8</sup> che, discostandosi dai precedenti orientamenti, ha ritenuto possibile la fiscalizzazione, oltre che nei casi di vizio formale, anche nei casi di vizio sostanziale, tuttavia emendabile. Secondo tale orientamento l'art. 38 va interpretato nel senso che in caso di annullamento del titolo edilizio per vizi sostanziali, la sanatoria è consentita qualora si sia trattato di vizi emendabili e che, pertanto, possano essere rimossi, ritenendosi preclusa nella sola ipotesi in cui si tratti di vizi inemendabili. Ne deriva, dunque, un generale divieto di rinnovazione dei permessi di costruire annullati in sede giurisdizionale per vizi di carattere sostanziale. Qualora, tuttavia, vi fosse la possibilità di eliminare la violazione riscontrata dal giudice per mezzo di un nuovo intervento che restituisca all'opera piena compatibilità con il regime edilizio inizialmente inosservato, l'Amministrazione deve astenersi dal reprimere l'abuso consentendo al privato di intervenire per conformare l'opera ai parametri costruttivi giudicati violati. In altri termini, a fronte dell'iniziativa del privato volta ad eliminare l'elemento in contrasto con la disciplina edilizia di riferimento, l'Amministrazione non dovrebbe impedire tale adeguamento ma, in attuazione del giudicato e in coerenza con la *ratio* ispiratrice dell'art. 38, dovrebbe assicurare l'adeguamento della situazione di fatto alla disciplina edilizia ritenuta violata.

---

<sup>8</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 10 settembre 2015 n. 4221; Cons. di Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014 n. 2355; Cons. di Stato, Sez. IV, 12 maggio 2014 n. 2398; Cons. di Stato, Sez. IV, 17 maggio 2012 n. 2852; Cons. di Stato, Sez. IV, 17 settembre 2012 n. 4923; Cons. di Stato, Sez. IV, 16 marzo 2010 n. 1535;

In definitiva l'indirizzo sin qui ripercorso non ha condiviso l'assunto secondo cui la rimozione dei vizi *ex art. 38* è consentita solo qualora essi abbiano natura formale o procedurale, potendo al contrario trovare applicazione anche nel caso di annullamento per vizi sostanziali, purché emendabili. Ne deriva che la sanatoria risulta preclusa nella sola ipotesi di vizi inemendabili<sup>9</sup> con l'ulteriore conseguenza per cui la demolizione dell'opera realizzata in base ad un permesso di costruire annullato costituisce l'*extrema ratio* dovendo l'Amministrazione privilegiare, qualora possibile, la riedizione del potere emendato dai vizi riscontrati, ancorché aventi carattere sostanziale.

Nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, la IV Sezione del Consiglio di Stato ha dato atto del fatto che per tutti e tre gli orientamenti sin qui illustrati l'art. 38 del D.P.R. 380/2001 rappresenti, dal punto di vista del legislatore, la creazione di un "potere nuovo" rispetto a quello che consente di emettere il titolo edilizio, che contempera l'esigenza di rispettare il giudicato con quella di realizzare un assetto della fattispecie diversificato rispetto a quello scaturente dal giudicato stesso, ma non in contrasto con quest'ultimo<sup>10</sup>.

Sebbene gli indirizzi giurisprudenziali analizzati muovano da premesse teoriche comuni, nella valutazione delle conseguenze pervengono a conclusioni differenti: il primo orientamento, più ampio, ha ritenuto di privilegiare la posizione del privato titolare del permesso annullato richiamando la buona fede di quest'ultimo nel rapporto con l'Amministrazione competente. Le conseguenze a cui perviene tale orientamento determinano una sostanziale sanatoria generalizzata, indipendentemente dal tipo di vizio esistente, stante il prevalere nella maggior parte dei casi delle ragioni del suddetto soggetto privato.

Al contrario gli ulteriori indirizzi giurisprudenziali oggetto di analisi pervengono a conclusioni diverse valorizzando la posizione del terzo che, sentitosi leso nei suoi diritti, abbia impugnato il titolo illegittimo con conseguente riconoscimento del giudicato intervenuto. Riconoscere una sanatoria senza limiti – ad avviso dell'orientamento restrittivo e intermedio e della Sezione rimettente – determinerebbe una lesione dell'affidamento del terzo nella stabilità della disciplina giuridica delle

---

<sup>9</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, in caso di costruzione realizzata in violazione di divieti assoluti di edificazione.

<sup>10</sup> In questi termini si è espresso il Consiglio di Stato nell'ordinanza in esame al punto 26.2 richiamando la pronuncia n. 4355/2014 cit.

fattispecie rendendo sostanzialmente inutile e privo di effettività il suo diritto di adire il giudice per vedere tutelate le proprie ragioni. Al contempo, da un punto di vista strettamente costituzionale, l'interpretazione maggiormente estensiva della norma in esame determinerebbe una violazione dell'art. 102 comma 1 della Costituzione<sup>11</sup> in quanto una sanatoria "generalizzata" andrebbe in sostanza a travolgere il giudicato di annullamento ascrivendo così all'Amministrazione il potere di invadere il campo riservato all'Autorità Giudiziaria.

Tale interpretazione, infine, risulta in linea con la rigorosa repressione che l'ordinamento riserva agli abusi edilizi, ossia nei casi di costruzioni che siano effettivamente in contrasto con l'assetto del territorio disegnato dagli strumenti urbanistici, così come evidenziato dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 8 e 9 del 17 ottobre 2017<sup>12</sup>, richiamate dalla Sezione rimettente.

### **3. La posizione dell'Adunanza Plenaria: Sentenza n. 17 del 7 settembre 2020.**

Nell'analisi della questione giuridica in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno fornito un'interpretazione dell'art. 38 del T.U. Edilizia tutto sommato in linea con le precedenti pronunce in materia edilizia, orientate verso il rigoroso rispetto delle norme edilizie e la repressione degli abusi edilizi. La pronuncia in esame, infatti, ha dapprima evidenziato come la c.d. fiscalizzazione dell'abuso costituisca una eccezionale deroga al principio di necessaria repressione a mezzo demolizione degli abusi edilizi e che, pertanto, è presidiata da due condizioni: a) la motivata valutazione circa l'impossibilità della rimozione dei vizi delle procedure amministrative; b) la motivata valutazione circa l'impossibilità di restituzione in pristino. Ad avviso dell'Adunanza si tratta di due condizioni eterogenee: l'una attinente alla sfera dell'Amministrazione e presuppone l'impossibilità di procedere alla convalida del provvedimento amministrativo mediante la rimozione del vizio

---

<sup>11</sup> La disposizione citata stabilisce che «La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario».

<sup>12</sup> Per un approfondimento si veda BERTONAZZI L., *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi: note a margine della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2018, p. 730; Si veda inoltre TRIMARCHI M., *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 1, pag. 67 e ss.

della relativa procedura; l'altra attinente alla sfera del privato relativa alla concreta possibilità di procedere alla restituzione in pristino dei luoghi.

Nel prendere le distanze dall'interpretazione fornita dall'orientamento giurisprudenziale meno restrittivo, l'Adunanza Plenaria ha avuto modo di sottolineare come la disposizione in commento faccia specifico riferimento ai "vizi delle procedure" con l'intento di individuare le cause di invalidità che possano giustificare l'operatività dell'istituto in esame, diverse da vizi del provvedimento riferiti a profili di compatibilità della costruzione rispetto al quadro programmatico e regolamentare che disciplina *l'an* e il *quomodo* dell'attività edificatoria. La norma in esame, infatti, impone implicitamente all'Amministrazione l'obbligo di porre rimedio al vizio attraverso un'attività di secondo grado che pacificamente si riconduce al potere di convalida *ex art. 21 nonies* comma 2 della legge generale sul procedimento. Va da sé che detto rimedio non può che riferirsi a vizi di natura procedurale essendo evidente che ogni diverso vizio afferente alla sostanza regolatoria del rapporto amministrativo rispetto al quadro normativo vigente risulterebbe superabile solo attraverso una modifica di quest'ultimo, il che certamente esula dal concetto di "rimozione del vizio" afferente la singola e concreta fattispecie provvedimentale<sup>13</sup>. Tale assunto si ripercuote anche sulla successiva proposizione normativa riferita all'impossibilità di rimozione delimitandone operativamente il campo semantico e dovendo per questa intendersi una impossibilità che attiene pur sempre ad un vizio che, sulla base di motivate valutazioni proprie dell'Amministrazione, non risulti in concreto suscettibile di convalida. Inoltre, contrariamente a quanto ritenuto dall'orientamento giurisprudenziale estensivo, l'Adunanza Plenaria ha definito l'ambito entro cui può operare il sindacato del giudice, a cui ascrive il potere di vagliare la legittimità della intervenuta fiscalizzazione dell'abuso compiendo una valutazione sulla natura del vizio considerato. Ad avviso dell'Adunanza, infatti, la motivata valutazione dell'Amministrazione afferisce alla rimovibilità in concreto del vizio *ex art. 21 nonies* comma 2 rilevando in relazione al binomio convalida/applicazione dell'art. 38 e non al diverso binomio fiscalizzazione/demolizione che, diversamente, può essere oggetto di valutazione da parte dell'Autorità Giudiziaria.

<sup>13</sup> In questi termini si è espressa l'Adunanza Plenaria par. 5.2.

A sostegno dell'interpretazione sin qui ripercorsa, i Giudici di Palazzo Spada hanno richiamato argomenti di carattere sistematico.

In primo luogo l'Adunanza ha evidenziato come la valorizzazione della tutela dell'affidamento unita all'eccezionale potere di sanatoria contemplato dall'art. 38 non possano portare ad una sorta di condono amministrativo affidato alla valutazione dell'Amministrazione in deroga alle previsioni urbanistiche, ambientali o paesaggistiche poiché si determinerebbe una inammissibile elusione del principio di programmazione e l'irreversibile compromissione del territorio.

Inoltre, in caso di annullamento del titolo intervenuto in sede giurisdizionale<sup>14</sup> su istanza del terzo proprietario dell'immobile limitrofo a quello realizzato in forza del titolo annullato, qualora si contemplasse una fiscalizzazione dell'abuso anche in relazione a vizi di natura sostanziale, di fatto si arriverebbe a vanificare la tutela del terzo ricorrente il quale, anche se all'esito del procedimento dovesse risultare vincitore, non vedrebbe alcun beneficio atteso che la sanzione pecuniaria verrebbe comunque incamerata dall'erario.

La disposizione in esame, pertanto, rappresenta un punto di equilibrio nel bilanciamento tra la tutela dell'affidamento del costruttore, la tutela del territorio e la tutela del terzo.

Da ultimo, al fine di ridare coerenza, ragionevolezza ed effettività al sistema delle tutele, laddove non fosse possibile la conservazione dell'immobile poiché in contrasto con i valori urbanistici e ambientali sopra ricordati, l'Adunanza Plenaria ha evidenziato come il costruttore che si sia visto annullare in sede giurisdizionale o amministrativa il permesso di costruire possa reclamare il ristoro dei danni conseguenti al legittimo affidamento circa la legittimità dell'edificazione realizzata a fronte del sorgere in capo all'Amministrazione dell'obbligazione all'integrale risarcimento per equivalente del danno provocato.

---

<sup>14</sup> L'Adunanza Plenaria ha avuto modo di evidenziare come la disposizione in esame non si soffermi sulla natura giurisdizionale o amministrativa dell'annullamento, ritenendoli, ai fini della presente trattazione, implicitamente equiparabili.

#### 4. Considerazioni conclusive.

Nella pronuncia in esame l'Adunanza Plenaria ha abbracciato l'interpretazione fornita dall'orientamento più restrittivo ritenendo che i vizi cui fa riferimento l'art. 38 siano esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'Amministrazione, risultino di impossibile rimozione.

Tale interpretazione si inserisce nel solco degli orientamenti precedenti dell'Adunanza<sup>15</sup> che, in materia di abusi edilizi, hanno fornito una lettura rigorosa delle disposizioni poste a tutela del territorio e del paesaggio, valori che trovano tutela direttamente nel dettato costituzionale. Il problema di fondo, come invero avviene di frequente, trova la sua origine nella genericità del dettato normativo che non chiarisce cosa concretamente debba intendersi per "vizi delle procedure amministrative" e "impossibilità" di riduzione in pristino.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, allora, ha cercato di dare un contenuto alle predette condizioni, tuttavia oscillando da posizioni che di fatto introducevano una nuova forma di condono edilizio valorizzando la tutela dell'affidamento del privato a posizioni maggiormente restrittive più attente alla tutela del territorio e della relativa pianificazione.

La posizione dell'Adunanza Plenaria rappresenta un giusto equilibrio tra la tutela del territorio e paesaggio e gli interessi del privato, da un lato ritenendo applicabile l'istituto in esame esclusivamente per i vizi di natura procedurale non emendabili, dall'altro lato prevedendo la possibilità per quest'ultimo di procedere contro l'Amministrazione per vedere risarcito il danno subito.

Infine, tale punto di equilibrio nel bilanciamento tra tutela dell'affidamento, tutela del territorio e tutela del terzo, come evidenziato dalla stessa Adunanza, non è depotenziato dalla giurisprudenza della Corte EDU sul carattere fondamentale del diritto di abitazione e sul necessario rispetto del principio di proporzionalità nell'infrazione della sanzione demolitoria<sup>16</sup> attesa, per l'appunto, il riconoscimento di una tutela risarcitoria in favore del privato-costruttore in relazione all'illecito commesso dall'Amministrazione.

<sup>15</sup> Ci si riferisce alle pronunce n. 8 e 9 del 2017 già richiamate.

<sup>16</sup> Si veda Corte EDU, 21 aprile 2016, *Ivanova vs. Bulgaria* nella quale la Corte ha affermato e valorizzato la tutela dell'affidamento in ordine a opere realizzate in totale assenza di titolo.

# L'AUTONOMIA LEGISLATIVA REGIONALE IN MATERIA DI CACCIA NEL RISPETTO DEGLI STANDARD STATALI DI PROTEZIONE DELLA FAUNA

**Giacomo Vivoli**

*Professore a contratto in Diritto dell'ambiente*

**ABSTRACT** [ITA]: Prendendo spunto da alcune recenti sentenze della Corte Costituzionale il contributo approfondisce la regolazione della protezione della fauna selvatica dove concorrono competenze statali in tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e regionali in materia di caccia; in particolare lo studio è volto a mettere in evidenza quali siano gli spazi di autonomia legislativa a disposizione delle Regioni nel rispetto degli standard minimi fissati a livello centrale.

**ABSTRACT** [ENG]: *Based on recent Constitutional Court rulings, the article delves into wildlife protection regulations, wherever state jurisdiction on environmental and ecosystem protection overlaps with regional jurisdiction on hunting. Specifically, the main purpose of this study is to draw attention to the potential areas of legislative autonomy currently accessible to the regions, while abiding by the minimum standards set by the central government.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione: tutela dell'ambiente e la "convivenza" tra materia e valore; - **2.** Il consolidamento sostanziale della tutela *in melius* regionale: il caso della riduzione delle specie cacciabili; - **3.** La giusta forma del "prevedere": la differenza tra legittimo utilizzo dello strumento legislativo ed elusione *ex post* dell'obbligo di approvazione del calendario venatorio con atto amministrativo; - **4.** L'autonomia regionale nella definizione degli standard minimi di dettaglio: le modalità di annotazione del tesserino venatorio; - **5.** Considerazioni finali: qualche ambiguità in un quadro di competenze sufficientemente chiaro ma "gattopardesco".

## 1. Introduzione: tutela dell'ambiente e la "convivenza" tra materia e valore.

Dall'analisi di recenti sentenze della Corte Costituzionale<sup>1</sup> emergono elementi che permettono di effettuare alcune considerazioni sulla ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni nell'area di conflitto che nasce dall'intreccio tra la disciplina della caccia e la tutela dell'ambiente<sup>2</sup>. Oltre a delineare con sufficiente precisione i rispettivi ambiti di competenza, le decisioni della Consulta consentono anche di evidenziare la natura intrinsecamente e inevitabilmente polivalente degli standard minimi ed uniformi statali; strumenti che, come verificabile nei casi che vedremo, possono sia incidere su aspetti di ampia portata (giungendo a condizionare le fonti utilizzabili dalle Regioni) sia insinuarsi in aspetti di taglio molto pratico (come le modalità di compilazione del tesserino) marcando in tal modo, almeno in prima battuta, da un punto di vista concettuale, la distinzione tra standard e principi fondamentali che caratterizzano la legislazione concorrente.

In ordine cronologico una prima interessante sentenza è la n. 7/2019<sup>3</sup> che definisce un giudizio incidentale promosso dal Tar Piemonte; il giudice rimettente nutre dubbi sulla legittimità costituzionale della legislazione regionale che, in sostanza, rende non cacciabili specie che invece lo sarebbero in base a quella nazionale.

La Corte, per la prima volta *post* riforma del Titolo V, affronta il caso di una disposizione regionale che, estendendo le specie non cacciabili, incrementa il livello di protezione della fauna selvatica.

La tesi del giudice rimettente si fonda sulla diversa natura che assumerebbe la legge n. 157/92<sup>4</sup> a seguito della modifica del Titolo V, non più inquadrabile come legge quadro ma bensì come «*legge a contenuto strettamente ambientale*»; cambio di prospettiva che sarebbe imposto dalla radicale differenza tra il contenuto attuale e quello precedente dell'art. 117 della Costituzione in relazione alle materie che gravitano attorno all'oggetto del contenzioso.

Difatti, come noto, nel testo in vigore sino alla L. Cost. n. 3/2001 la caccia era compresa tra le materie concorrenti mentre mancava ogni riferimento alla tutela dell'ambiente; vuoto quest'ultimo che, sino alla riforma del Titolo V, è stato colmato principalmente grazie ad interventi interpretativi in chiave evolutiva della Corte

---

<sup>1</sup> Tutte le sentenze del contributo sono della Corte Costituzionale; per non appesantire eccessivamente l'elaborato si tende quindi a non indicarlo sistematicamente.

<sup>2</sup> In questo caso nella forma della protezione della fauna selvatica.

<sup>3</sup> M.DI FOLCO, *Dalla Corte Costituzionale una significativa valorizzazione dell'autonomia politico-legislativa delle regioni in materia ambientale*, in *Giur. Cost.*, n. 1, 2019, pp. 79 e ss.

<sup>4</sup> Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio.

Costituzionale avvalendosi di altri riferimenti costituzionali<sup>5</sup> realizzando così, una sorta di “costituzionalizzazione indiretta”<sup>6</sup> della protezione dell’ambiente, riconoscendone una propria dimensione autonoma ed isolandola dalla tutela degli altri interessi protetti<sup>7</sup>.

Il riconoscimento di un autonomo spazio costituzionale è ben rappresentato nella sentenza n. 356 del 1994 dove la Corte, nell’affrontare un ricorso promosso dalle Province autonome di Trento e Bolzano<sup>8</sup>, affermò come «[l]a protezione dell’ambiente, che pure attraversa una molteplicità di settori in ordine ai quali si mantengono competenze diverse, statali e regionali, ha assunto una propria autonoma consistenza, che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esaurisce né rimane assorbita nelle competenze di settore, rivendicate dalle province ricorrenti»<sup>9</sup>.

Quindi alla protezione dell’ambiente, in assenza di riferimenti espliciti, veniva riconosciuta, su base giurisprudenziale, l’esistenza di una competenza concorrente<sup>10</sup> o forse, più precisamente, di una “concorrenza di competenze”<sup>11</sup> tra Stato e Regioni. Con la riforma del Titolo V, l’assetto delle competenze risulta in effetti, almeno formalmente, incisivamente modificato per la presenza tra le competenze esclusive statali di tutela dell’ambiente e dell’ecosistema e per la rimozione della caccia tra le materie concorrenti. Su quest’ultima modifica è sempre risultato pacifico come questa trovasse nuova collocazione tra le residuali regionali. Ciò viene chiaramente ribadito anche nella sentenza in commento dove viene affermato che «la mancata indicazione della materia caccia nel novellato art. 117 Cost – in precedenza, invece,

<sup>5</sup> Principalmente gli artt. 2, 9 e 32; per un’ampia ricostruzione A. SIMONCINI, *Ambiente e protezione della natura*, 1996.

<sup>6</sup> D.AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell’ambiente*, in P. DELL’ANNO-E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell’ambiente*, 2012, pp. 254 ss.

<sup>7</sup> S.GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell’ambiente*, 2012, pp. 143 ss.

<sup>8</sup> Più precisamente il contenzioso prendeva origine dal D.L. 4 dicembre 1993, n. 496, convertito con modifiche dalla L. 21 gennaio 1994, n. 61 che istituiva l’Agenzia nazionale per la protezione dell’ambiente nonché le agenzie regionali e delle province autonome.

<sup>9</sup> C.i.d. 3 sent. n. 356/1994.

<sup>10</sup> M.CECCHETTI, *La materia «tutela dell’ambiente e dell’ecosistema» nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell’arte e i nodi ancora irrisolti*, in *federalismi.it*, n. 7 del 08.04.2009 nonché già in precedenza ID, *Riforma del Titolo V della Costituzione e sistema delle fonti: problemi e prospettive nella materia «tutela dell’ambiente e dell’ecosistema»*, in *federalismi.it*, 13 giugno 2002.

<sup>11</sup> L’espressione concorrenza di competenze appare più adeguata per rappresentare un modello in cui si delineava già la necessità di considerare il livello degli interessi che non può essere correttamente valutato sulla base della (sola) distinzione tra principi e dettagli che caratterizza la competenza concorrente; emblematica in tal senso sembra la L. 394/91 sulla aree naturali protette che, al di là di autoqualificarsi legge quadro, detta poi una regolazione pervasiva e completa per le aree naturali protette di livello nazionale, mentre mantiene la sua natura di fonte di principi solo per le aree protette regionali. Si precisa che l’espressione è da contestualizzare nello scenario *ante* riforma e da non confondersi con la concorrenza di competenze quale scenario *post* riforma quando la Corte, davanti a un intreccio di competenze non risolvibile utilizzando il criterio della prevalenza, fa ricorso al principio di leale collaborazione; in argomento E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Regioni*, 2008, n. 1, p. 61 ss.

*espressamente annoverata tra le materie rimesse alla potestà legislativa concorrente – determina la sua certa riconduzione alla competenza residuale regionale»<sup>12</sup>.*

Più complessa e articolata risulta invece l'interpretazione della competenza esclusiva statale nella protezione dell'ambiente e dell'ecosistema che sarà nel seguito brevemente ricostruita per comprendere meglio le argomentazioni del giudice rimettente in quanto, come già ricordato, proprio la modifica della Costituzione dispiegherebbe, a suo dire, uno specifico effetto concreto: l'impossibilità per le Regioni di introdurre qualsiasi variazione alla regolazione statale.

Sulla base di una visione "solida"<sup>13</sup> della materia tutela dell'ambiente – materia quindi in senso tecnico a tutti gli effetti – si negherebbe qualsiasi forma di intervento legislativo regionale sia *in peius* (ma questo è un principio tendenzialmente pacifico<sup>14</sup>)

<sup>12</sup> Sent. Corte Cost. n. 7/2019, cid 6.2.2; la sentenza prosegue aggiungendo che «tra le materie in astratto riconducibili al quarto comma dell'art. 117 Cost., occorre distinguere quelle che prima della riforma del Titolo V erano esplicitamente elencate nell'ambito della competenza concorrente da quelle che, invece, non lo erano: per le prime, ancor più nettamente che per le seconde, è del tutto evidente la volontà del legislatore costituzionale di farle assurgere al rango della competenza residuale regionale, che, come tale, non incontra più i limiti di quella concorrente». Tale affermazione risulta forse troppo perentoria in quanto è noto il caso di materie non più esplicitamente elencate tra le concorrenti ma che la Corte ha ritenuto invece ricomprese in altre espressioni introdotte nel testo riformato come ad esempio l'urbanistica confluita nel governo del territorio. Il passaggio è all'interno della ben nota sent. n. 303/2003 che, in ottica più ampia, è risultata un passaggio fondamentale per chiarire il meccanismo costituzionale inespresso in base al quale, al fine di garantire il rispetto del principio di legalità, in presenza di esigenze a carattere unitario e nel rispetto di alcuni parametri lo Stato possa "chiamare" in sussidiarietà le funzioni amministrative in materie di potestà legislativa concorrente attraendo anche la relativa competenza legislativa (con la successiva sent. n. 6/2004 il meccanismo fu accertato anche in caso di competenza legislativa residuale regionale). In quel caso, per quanto riguarda l'urbanistica, il fatto che il termine non sia più previsto nel nuovo testo «non autorizza a ritenere che la relativa materia non sia più ricompresa nell'elenco del terzo comma: essa fa parte del governo del territorio» (c.i.d. 11.1). Occorre anche dire che in quell'occasione la Corte motivò la propria decisione considerando anche le altre competenze concorrenti ex art. 117 co. 3 (porti e aeroporti civili, grandi reti di trasporto e di navigazione, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia); tenuto conto della presenza di quest'ultime, le quali, in quanto già espresse, non potrebbero rientrare nel concetto di governo del territorio, «appare del tutto implausibile che dalla competenza statale di principio su questa materia siano stati estromessi aspetti così rilevanti, quali quelli connessi all'urbanistica, e che il "governo del territorio" sia stato ridotto a poco più di un guscio vuoto».

<sup>13</sup> 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*, n. 3 del 11/02/2009.

<sup>14</sup> La prima sentenza post riforma in materia di caccia è la n. 586/2002 dove la Corte ha negato la possibilità di estendere il calendario venatorio traducendosi una tale scelta in una riduzione del livello di tutela di protezione della fauna; S.CALZOLAIO, *L'ambiente e la riforma del Titolo V*, nota breve a due sentenze contrastanti, su [www.forumcostituzionali.it](http://www.forumcostituzionali.it); M.GORLANI, *La materia della caccia davanti alla Corte Costituzionale dopo la riforma del Titolo V Cost: ritorna l'interesse nazionale e il "primato" della legislazione statale di principio?*, ivi; più recentemente cfr. sent. n. 278/2012 dove si afferma in modo chiaro sia, in caso di interferenza o sovrapposizione di competenze, l'applicazione del criterio di prevalenza a favore della regolazione statale, sia l'impossibilità per le regioni di abbassare il livello di tutela fissato dal legislatore nazionale; in particolare cid 4: «Quando il carattere trasversale della normativa ambientale comporta fenomeni di sovrapposizione ad altri ambiti competenziali, questa Corte ha già avuto modo di affermare che la prevalenza debba essere assegnata alla legislazione statale rispetto a quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materie di competenza propria. Ciò in relazione al fatto che la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario (sentenza n. 151 del 1986) ed assoluto (sentenza n.

sia *in melius*, determinando quindi l'illegittimità della disposizione regionale piemontese che, estendendo le specie non cacciabili, comunque interviene sullo standard definito della Stato.

Argomentazioni tuttavia non condivise dalla Corte che in via preliminare, non aderendo alla visione esclusivamente "solida" della materia sottesa all'ordinanza di remissione, attribuisce all'ambiente sia la natura di "valore trasversale" sia quella di "materia"<sup>15</sup> con carattere trasversale con ciò dando così continuità e cittadinanza alle due interpretazioni che si sono susseguite nel tempo post riforma del Titolo V.

In prospettiva storica, la prima decisione propriamente ambientale a testo riformato è la nota sentenza n. 407/2002<sup>16</sup>, in cui la Corte non ha ritenuto di poter considerare tutela dell'ambiente come materia in senso stretto<sup>17</sup> o in senso tecnico in quanto, l'inestricabile connessione degli interessi ambientali con altri interessi e competenze non renderebbe possibile configurare una sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata.

Avvalendosi anche di decisioni precedenti alla riformulazione del Titolo V<sup>18</sup>, la Corte quindi "smaterializzò" l'espressione "tutela dell'ambiente" individuando un rapporto di subordinazione logica – già asseverato storicamente dalla giurisprudenza costituzionale - per cui l'ambiente è, *in primis*, un valore costituzionale protetto; da tale dimensione assiologica l'ambiente determina e delinea poi «una sorta di materia

210 del 1987) e deve garantire un elevato livello di tutela, come tale inderogabile da altre discipline di settore. Sotto questo profilo, si configura come limite alla discrezionalità legislativa che le Regioni e le Province autonome hanno nelle materie di loro competenza, cosicché queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato».

<sup>15</sup> La Corte parla esplicitamente sia di "materia" tutela dell'ambiente e dell'ecosistema sia di «carattere trasversale della materia»; cid 6.2.1.

<sup>16</sup> M.CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?* in *Regioni*, 2003, n. 1, p. 318 ss; S.MANGIAMELI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, ivi, p. 337 ss; F.S.MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie "trasversali": dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giur. cost.*, 2002, n. 4, pag. 2951 ss; C.SARTORETTI, *La tutela dell'ambiente dopo la riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione: valore costituzionalmente protetto o materia in senso tecnico?*, in *Giur. it.*, 2003, n. 3, pp. 417 ss; cfr. P.CARETTI – V.BONCINELLI, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2009, p. 5191, dove gli A. evidenziano come la sentenza contenga una «una fortissima dose di ambiguità, che costringerà la giurisprudenza successiva a veri e propri "salti mortali" ermeneutici, alla ricerca di una impossibile "quadratura del cerchio"».

<sup>17</sup> La prima decisione in cui la Corte individuò la presenza di ambiti materiali specificati nell'art. 117 co. 2 non configurabili come "materie" in senso stretto in quanto piuttosto competenze statali idonee ad investire una pluralità di materie è la sentenza n. 282/2002; A.D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, 2002, n. 3, p. 2030 ss; D.MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002*, ivi, 2002, n. 3, p. 2034 ss; R.BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in *Regioni*, n. 6, 2002 p. 1445 ss.; in generale sull'argomento F. BENELLI, *La «smaterializzazione» delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, 2006 e in precedenza ID, *L'Ambiente tra "smaterializzazione" della materia e sussidiarietà legislativa*, in *Regioni*, n. 1, 2004, p 176 ss.

<sup>18</sup> Sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998.

*trasversale*» o finalistica<sup>19</sup>; caratteristica che in quell'occasione risultò canone interpretativo proregionale per ritenere, diversamente da una lettura formale del nuovo testo, ammissibili interventi legislativi regionali per la cura di interessi funzionalmente collegati alla protezione dell'ambiente.

Successivamente però, venendo così al secondo orientamento della Corte, a partire dalle sentenze n. 367 e 378 del 2007<sup>20</sup> emerge una diversa visione.

Limitandosi a ciò che rileva ai fini del presente contributo, con tali decisioni l'ambiente, da un punto di vista teorico concettuale non viene considerato come una entità astratta ma, a tutti gli effetti, un «*bene giuridico materiale*»<sup>21</sup>, caratteristica che non potrebbe non avere riflessi anche sul piano interpretativo dell'art. 117 della Costituzione. In pratica il mutato orientamento determinerebbe una «rimaterializzazione»<sup>22</sup> della tutela dell'ambiente che, superando la dimensione «valore-materia trasversale», dovrebbe invece essere considerata come «materia» in senso tecnico; l'effetto di questa linea interpretativa, con chiari effetti centralisti, è quello di tracciare un confine invalicabile per le Regioni a cui sarebbe impedito qualsiasi intervento normativo<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> P.CARETTI – V.BONCINELLI, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, cit., p. 5188, dove gli A. osservano come, anche in riferimento alla legislazione precedente la riforma del Titolo V e in particolare nel D.lgs. 112/1998, «l'abbandono della concezione che vedeva nell'ambiente una "materia" o "supermateria" (quest'ultima espressione è di A.Predieri) per abbracciare una concezione della protezione ambientale in termini valoriali e finalistici, come una "non materia" (D'Atena) ovvero come "materia trasversale", in grado di attraversare ambiti competenziali diversi quanto a natura, estensione e titolarità, si sia risolta in una evidente "contaminazione" tra la prima e la seconda parte della Costituzione».

<sup>20</sup> Sentenze commentate dallo stesso redattore in P. MADDALENA, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell'ambiente*, in *Ambiente & sviluppo*, 2012, n. 1, p. 5 ss.; ID., *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* del 10 marzo 2010 e in *Riv. giur. ambiente*, 2011, n. 6, p. 735 ss.; ID., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, n. 3, 37 ss

<sup>21</sup> In tal senso oltre alle citate sentenze nn. 367 e 378 del 2007, anche la n. 104 e n. 105 del 2008 nonché la n. 61 del 2009.

<sup>22</sup> M. MICHETTI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, 2015, p. 1910 ss; M.BELLETTI, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 61 ss; più in generale sulla rimaterializzazione F. BENELLI - R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Regioni*, n. 6, 2009, pp. 1185 ss

<sup>23</sup> Esclude ogni forma di intervento regionale in melius P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come «materia» e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2009, n. 7, p. 589 che così si esprime: «Dal nuovo assetto costituzionale deriva la conseguenza che è preclusa alle Regioni ogni iniziativa legislativa in tale settore che non sia espressamente delegata o attribuita dalla legge nazionale. Le Regioni, pertanto, non solo non possono introdurre modifiche peggiorative della disciplina statale positiva, riducendo i livelli di tutela, ma non possono nemmeno introdurre criteri e procedimenti permissivi in astratto più protettivi».

In realtà, come rilevabile anche <sup>24</sup> dalla sentenza n. 7/2019, la concezione materialista sembra continuare a convivere<sup>25</sup> con quella valoriale, confermando le posizioni della dottrina<sup>26</sup> che hanno sostenuto come le due visioni non andrebbero necessariamente in conflitto ma come la questione sia piuttosto da inquadrare secondo una duplice prospettiva, più accomodante, per cui l'ambiente può essere sia un valore<sup>27</sup> sia una materia<sup>28</sup> che conserva inevitabilmente e "naturalmente"<sup>29</sup> elementi di trasversalità.

## **2. Il consolidamento sostanziale della tutela *in melius* regionale: il caso della riduzione delle specie cacciabili.**

Ripercorrendo il percorso argomentativo della sentenza n. 7/2019, la ricostruzione degli ambiti materiali funge da premessa per disattendere la tesi del giudice rimettente secondo la quale la previsione di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nell'art. 117 co. 2 Cost. tra le competenze esclusive statali avrebbe mutato la natura della L. 157/92 trasformandola da legge quadro a legge a contenuto strettamente ambientale con conseguente definizione di un «*rigido quadro normativo statale*» che impedirebbe interventi regionali di qualsiasi tipo.

Secondo la Corte la forza impositiva della regolazione statale non giunge sino al punto di vincolare, in ogni caso, l'autonomia regionale in quanto il «*carattere trasversale della materia, e quindi la sua potenzialità di estendersi anche nell'ambito delle*

<sup>24</sup> Cfr in precedenza anche sent. n. 77/2017 con commento di F.SCALIA, *Il carattere di «materia trasversale» della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e la potestà legislativa regionale in materia ambientale (osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 12 aprile 2017, n. 77)*, in *Dir. giur. Agr.*, n. 3, 2017.

<sup>25</sup> Lo sviluppo di tale punto va oltre gli scopi del presente contributo ma sia sufficiente accennare che è una convivenza non così ordinata in quanto la Corte utilizza entrambi gli orientamenti a volte per ammettere e altre per negare competenza legislative regionali; cfr in tal senso M. DI FOLCO, *op.cit.*, pp. 82-83.

<sup>26</sup> Parla di vocazione bicefala della materia G.COCCO, *La legislazione in tema di ambiente è a una svolta?*, in *Riv.giur. ambiente*, 2002, n. 3/4, p. 419 ss.; nel senso che la tutela dell'ambiente non sia solo una materia ma che non si possa negare l'esistenza di un profilo materiale in senso stretto, M.CECCHETTI, *Riforma del Titolo V della Costituzione e sistema delle fonti: problemi e prospettive nella materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»*, in *federalismi.it*, 13 giugno 2002.

<sup>27</sup> In prospettiva storica è proprio la dimensione valoriale che ha permesso di colmare il vuoto costituzionale imponendo la protezione dell'ambiente in assenza di riferimento.

<sup>28</sup> Del resto, alcuni elementi depongono oggettivamente in funzione di una materia propriamente detta; a parte la presenza tangibile del D.Lgs. 152/2006 che la stessa Consulta denomina "Codice dell'ambiente" - e che se non accoglie inevitabilmente tutta la regolazione ambientale ne contiene una componente molto significativa - c'è da tener presente il disposto dell'art. 116 co. 3 in tema di regionalismo asimmetrico; quest'ultima disposizione costituzionale nel prevedere ulteriori forme e condizioni di autonomia presuppone un passaggio di consegna di funzioni concrete che mal si conciliano con una visione esclusivamente valoriale della disciplina oggetto di eventuale trasferimento. In tal senso P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come «materia» e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2009, n. 7, p. 586.

<sup>29</sup> La Corte parla di ambiente come di "materia naturalmente trasversale" nella recente sentenza n. 88/2020.

competenze riconosciute alle Regioni, mantiene, infatti, salva la facoltà di queste di adottare, nell'esercizio delle loro attribuzioni legislative, norme di tutela più elevata»<sup>30</sup>.

Interessante il passaggio in cui la Corte motiva la decisione<sup>31</sup> rimarcando come, a differenza della tesi del remittente, sarebbe proprio il mutato assetto costituzionale a rafforzare la possibilità di introdurre per le Regioni una tutela *in melius*; tale possibilità sarebbe permessa «*in particular modo*» in materia di caccia in quanto, proprio perché esplicitamente prevista nel precedente Titolo V, la sua mancata indicazione nel novellato art. 117 esprime una chiara volontà costituzionale di voler attribuire la disciplina alla competenza residuale regionale senza che per essa, quindi, possano più valere i limiti dei principi fondamentali per le materie concorrenti.

Tuttavia, l'attribuzione alle Regioni di una competenza legislativa residuale non implica un potere privo di contrappesi in quanto il suo concreto esercizio richiede un bilanciamento con l'interesse alla protezione della fauna, ambito quest'ultimo ricompreso nella tutela dell'ambiente e dell'ecosistema; la disciplina regionale in materia di caccia deve perciò rispettare la «*normativa statale adottata in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ove essa esprima regole minime uniformi*»<sup>32</sup>.

Gli interessi sottesi e contrastanti tra la tutela dell'ambiente e la disciplina della caccia trovano un loro equilibrio nella L. 157/92 dove nell'art. 1 co. 2 viene consentito l'esercizio dell'attività venatoria «*purché non contrasti con l'esigenza di conservazione della fauna selvatica e non arrechi danno effettivo alle produzioni agricole*». Le disposizioni contenute nella L. 157/92 esprimono livelli minimi di protezione a salvaguardia dell'ambiente e sono, peraltro, anche il precipitato di impegni vincolanti assunti a livello internazionale e unionale<sup>33</sup>; la loro natura di livelli minimi si traduce nell'impossibilità per il legislatore regionale di ridurre il livello di tutela ma consentono la possibilità di innalzarlo.

Del resto, nel ricostruire i propri precedenti<sup>34</sup> la Corte ricorda come gli stessi principi fossero già stati affermati anche in alcune decisioni prima della riforma del

<sup>30</sup> Sent. n. 7/2019 cid 6.2.1.

<sup>31</sup> Sent. n. 7/2019 cid 6.2.2.

<sup>32</sup> Sent. n. 139/2017.

<sup>33</sup> Ai sensi dell'art. 1 co. 4 L. 157/92 «*[l]e direttive 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979, 85/411/CEE della Commissione del 25 luglio 1985 e 91/244/CEE della Commissione del 6 marzo 1991, con i relativi allegati, concernenti la conservazione degli uccelli selvatici, sono integralmente recepite ed attuate nei modi e nei termini previsti dalla presente legge la quale costituisce inoltre attuazione della Convenzione di Parigi del 18 ottobre 1950, resa esecutiva con legge 24 novembre 1978, n. 812, e della Convenzione di Berna del 19 settembre 1979, resa esecutiva con legge 5 agosto 1981, n. 503*».

<sup>34</sup> Sent. n. 227/2003 dove la Corte, nel ritenere incostituzionale la disposizione di un art. della L. 24/1991 della Provincia autonoma di Trento nella parte in cui ammette la caccia per specie non menzionate dall'art. 18, co. 1, L. n. 157/92, riconosce alle Regioni la facoltà di modificare l'elenco delle specie cacciabili soltanto «*nel senso di limitare e non di ampliare il numero delle eccezioni al divieto generale di caccia*» (richiamando le sent. n. 272 del 1996 e n. 1002 del 1988); sent. n. 233/2010 in cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcuni artt.

Titolo V; ad esempio nella sentenza n. 577/1990<sup>35</sup> dove, sempre in argomento di specie cacciabili, fu stabilito che *«anche le Regioni e le Province ad autonomia speciale sono tenute a non oltrepassare, nell'esercizio della loro potestà legislativa esclusiva, la soglia minima di tutela del patrimonio faunistico fissata dalla legge statale e dai successivi atti governativi, potendo soltanto limitare e non ampliare il numero delle specie cacciabili»*. In continuità con il passato la Corte ritiene consolidato il principio<sup>36</sup> che consente alle Regioni di estendere il livello di tutela fissato dal legislatore nazionale concretizzandosi, in questo caso, con un incremento delle specie non cacciabili; principio che, applicato alla disposizione piemontese, non può quindi che condurre ad una dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Dalla sentenza si può individuare un filo rosso che, storicamente e costantemente, consente agli enti regionali di ridurre il numero di specie cacciabili; principio che non ha subito oscillazioni attraversando indenne tutte le modifiche legislative che si sono susseguite nella disciplina della caccia nonché, con la conferma della sentenza n. 7/2019, quella costituzionale.

Appare interessante anche osservare lo spazio dedicato alla Corte nel ricostruire la storia della Regione Piemonte in materia di caccia; anche se tale argomentazione non sembra assumere rilievo ai fini della decisione, è perlomeno originale<sup>37</sup> che la sentenza dia evidenza alla *“tradizione normativa”* e di come le disposizioni approvate in materia di caccia siano configurabili come concreta *“attuazione del principio autonomista”* in quanto, tramite esse, *«un centro di vita territoriale, tramite i propri rappresentanti che se ne sono assunti la relativa responsabilità politica, ha delineato un*

---

della L.R. Friuli-Venezia Giulia n. 13/2009 per violazione sempre dell'art 18 che *«garantisce, nel rispetto degli obblighi comunitari contenuti nella direttiva n. 79/409/CEE, standard minimi e uniformi di tutela della fauna sull'intero territorio nazionale e, pertanto, ha natura di norma fondamentale di riforma economico-sociale, in quanto indica il nucleo minimo di salvaguardia della fauna selvatica il cui rispetto deve essere assicurato sull'intero territorio nazionale e, quindi, anche nell'ambito delle Regioni a statuto speciale»*; ancora nella sentenza n. 139/2017, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcuni artt. della L.R. Liguria n. 29/2015, la Corte ricorda come la norma statale, in quanto volta ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili, possa essere oggetto di integrazione da parte della legge regionale *«esclusivamente nella direzione dell'innalzamento del livello di tutela»*.

<sup>35</sup> Giudizio precedente anche la L. 157/92 e avente ad oggetto quindi la L. 968/77.

<sup>36</sup> Dopo ampia ricostruzione dei propri precedenti, la Corte afferma che *«[i]n questi termini si è, pertanto, consolidato il principio secondo cui anche la normativa regionale in tema di specie cacciabili è abilitata a derogare alla disciplina statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, purché, ove quest'ultima esprima regole minime e uniformi di tutela, innalzi tale livello di protezione»* (cid 6.2.3 sent 7/2019); ribadito poco dopo anche dove si afferma che *«se quindi questa Corte viene chiamata a pronunciarsi su leggi regionali che, nell'esercizio della competenza residuale, anziché ampliare – come sempre è avvenuto in passato, con la conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale delle relative disposizioni (sentenze n. 227 del 2003 e n. 577 del 1990) –, riducono il numero delle specie cacciabili, in conformità a una specifica tradizione attenta al mantenimento degli esistenti equilibri ecologici, il giudizio non può che concludersi con la dichiarazione di infondatezza della censura prospettata sotto il profilo scrutinato»* (cid 6.2.5).

<sup>37</sup> Evidenza tale inusualità M. DI FOLCO, *op. cit.*, p. 84.

*particolare modo di essere diretto a innalzare, rispetto alla disciplina statale, il livello del valore costituzionalmente protetto della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema»<sup>38</sup>.*

### **3. La giusta forma del "prevedere": la differenza tra legittimo utilizzo dello strumento legislativo ed elusione ex post dell'obbligo di approvazione del calendario venatorio con atto amministrativo.**

Un ruolo fondamentale nella caccia è svolto dal calendario venatorio, strumento attraverso il quale ogni Regione, entro il 15 giugno di ogni anno, disciplina aspetti fondamentali quali, ad esempio, l'inizio e il termine della stagione venatoria, il regolamento di caccia e l'individuazione delle specie cacciabili; oltre alla sopra analizzata sent. 7/2019 altre due recenti decisioni<sup>39</sup> lo hanno visto come oggetto di giudizio. Prima però di affrontarne l'analisi si ritiene opportuno ricordare l'importante<sup>40</sup> sentenza n. 20/2012<sup>41</sup>, confermata dalla giurisprudenza successiva<sup>42</sup>, dove la Corte ha affrontato un giudizio promosso dal Presidente del Consiglio su alcuni articoli delle L.R. Abruzzo n. 39 del 2010<sup>43</sup> in riferimento all'art. 117, co. 1 e co. 2, lett. s) della Costituzione; nei limiti di quanto interessa, con l'art. 1 e 2 della legge impugnata veniva approvato il calendario venatorio per la stagione 2010-2011.

A giudizio del ricorrente, l'utilizzo della fonte legislativa realizzava un illegittimo sconfinamento nelle competenze statali di protezione dell'ambiente in quanto l'art. 18 della L. 157/92<sup>44</sup> imporrebbe l'approvazione del calendario venatorio con atto amministrativo.

<sup>38</sup> Cid 6.2.4 sent. n. 7/2019.

<sup>39</sup> Sent. n. 258/2019 e n. 178/2020.

<sup>40</sup> L'importanza deriva dal fatto che anche se non risultava nuova la scelta regionale di attrarre in legge un provvedimento richiesto dalla normativa statale «è solo con l'odierno ricorso che per la prima volta la legittimità costituzionale di una simile scelta viene presa in esame da questa Corte» (cid 5 sent. n. 20/2012).

<sup>41</sup> Per commenti alla sentenza cfr. Q.CAMERLENGO, *Legge o atto amministrativo? La Corte costituzionale e il calendario venatorio*, in *Regioni*, 2012, n. 3, p. 559 ss; C.CHIOLA, *La legge-provvedimento sul calendario venatorio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2012, n. 11; G. SAPUTELLI, *Il regime delle leggi-provvedimento regionali nella trasformazione dell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Giur. cost.*, 2012, n. 1, p. 216 ss; G. SERENO, *Riflessioni sulla problematica delle leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2012, n. 2, p. 1591 ss; G. SOBRINO, *Leggi provvedimento delle Regioni e competenze legislative dello Stato: la Corte costituzionale fissa i "paletti" (ulteriori) all'esercizio dell'autonomia regionale*, in *Giur. it.*, n. 4, 2013, p. 781 ss

<sup>42</sup> *Ex plurimis* sent. 90/2013 e 310/2012.

<sup>43</sup> Norme per la definizione del calendario venatorio regionale per la stagione venatoria 2010/2011.

<sup>44</sup> In particolare, l'art. 18 co. 4 dispone che le regioni, sentito l'ISPRA «pubblicano, entro e non oltre il 15 giugno, il calendario regionale e il regolamento relativi all'intera annata venatoria, nel rispetto di quanto stabilito ai commi 1, 2 e 3, e con l'indicazione del numero massimo di capi da abbattere in ciascuna giornata di attività venatoria».

Richiamando propri precedenti<sup>45</sup> la Corte innanzitutto chiarì che, nell'esercizio di una competenza esclusiva, la normativa statale può legittimamente vietare che la funzione amministrativa regionale possa essere esercitata seguendo la via legislativa.

Inoltre, veniva constatato pacificamente come l'elevata intensità ecologica delle decisioni stabilite nel calendario venatorio (quali ad esempio i periodi di apertura della caccia e l'individuazione delle specie cacciabili) fossero elementi necessariamente e strettamente attinenti alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema di cui lo Stato ha competenza esclusiva.

Dalle due premesse, sillogisticamente, risultava la piena titolarità del legislatore statale per imporre alle Regioni la forma giuridica del provvedere all'approvazione del calendario venatorio motivata dalla natura degli interessi in gioco.

Determinato il quadro concettuale con il quale orientare la propria decisione, occorreva affrontare l'ultimo passaggio interpretativo dovuto all'enunciato stesso dell'art. 18 co. 4 della L. 157/92; la disposizione infatti non fugava ogni dubbio sull'esistenza di un obbligo imposto ad approvare il calendario venatorio con atto amministrativo o, per usare le parole della Corte, «*in difetto di una disposizione che lo preveda univocamente*»<sup>46</sup> anche se, anticipando così la propria posizione, così «*suggerisce l'espressione letterale cui il legislatore statale ha voluto ricorrere*».

La Corte ha ritenuto l'esistenza dell'obbligo di approvazione del calendario venatorio con atto amministrativo sia basandosi su valutazioni di ordine generale sul provvedere, sia su considerazioni specifiche legate alla protezione della fauna.

Sul piano generale la Corte presume un sospetto di illegittimità ogni qual volta venga utilizzato lo strumento legislativo a fronte di un contenuto decisorio intriso anche di criteri tecnico-scientifici, da cui consegue che, per raggiungere lo scopo di protezione della fauna, l'unica scelta coerente non può che essere l'approvazione del calendario venatorio con atto amministrativo.

Inoltre, assume rilevanza anche l'incontrollabile variabilità delle condizioni ambientali in base alle quali il calendario è stato approvato; tale potenziale instabilità implica come l'attività decisoria non possa, con certezza, esaurirsi in unico momento decisionale ma richiedere nuovi interventi<sup>47</sup>; in tal caso, le forme e i tempi dell'iter legislativo rischiano di risultare, nei casi più gravi, un onere di natura tale «*da vanificare gli obiettivi di pronta regolazione dei casi d'urgenza*».

<sup>45</sup> Sentenze n. 44/2010, 271/2008, 250/2008 e ord. 405/2008.

<sup>46</sup> Cid 5.1.

<sup>47</sup> Ai sensi dell'art. 19 co. 1 le regioni possono imporre divieti nel periodo di caccia vietare o ridurre per periodi prestabiliti a causa di «*importanti e motivate ragioni connesse alla consistenza faunistica o per sopravvenute particolari condizioni ambientali, stagionali o climatiche o per malattie o altre calamità*».

Estendendo le conclusioni di un proprio precedente sulla cd. caccia in deroga<sup>48</sup>, la Corte precisò che «non è solo lo speciale regime derogatorio, ma l'intero corpo provvedimentale su cui esso opera, quanto al calendario venatorio, che non tollera di venire irrigidito nella forma della legge, tenuto anche conto che tra regole ordinarie e deroghe eccezionali deve in linea di massima sussistere un'identità formale, che permetta alle seconde di agire sulle prime, fermo il potere di annullamento preservato in capo allo Stato».

Infine, nell'economia del giudizio, influisce anche la diversa tutela giurisdizionale che caratterizza l'attività amministrativa da quella legislativa con mutamento di giudice e diversità di soggetti legittimati, tempistica, e poteri cautelari.

Tirando le fila, per tale complesso di motivazioni, la Corte ha ritenuto che l'approvazione del calendario venatorio con atto amministrativo costituisca espressione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema determinando tale scelta uno standard minimo non derogabile dalle Regioni.

Peraltro, è proprio da tale sentenza che si inaugura un filone giurisprudenziale che legittima l'esercizio di una competenza legislativa esclusiva statale<sup>49</sup> sino al punto di vincolare la forma del provvedere regionale condizionando fortemente l'autonomia decisionale delle Regioni<sup>50</sup>.

È possibile adesso, con più contezza, affrontare di nuovo la sentenza n. 7/2019 nella parte in cui, le stesse disposizioni regionali già viste<sup>51</sup>, venivano censurate in quanto considerate anche in contrasto con l'art. 18 co. 2 e 4 della L. 157/92.

Quindi mentre i rilievi analizzati nel paragrafo precedente poneva l'accento sull'*an* della questione, il possibile aumento delle specie non cacciabili, in questo ulteriore profilo i dubbi si concentrano più sul *quomodo*, la forma utilizzata; in pratica si dubitava che le decisioni prese, attenendo al calendario venatorio, fossero state illegittimamente approvate con legge in violazione del principio sancito con la sentenza n. 20/2012. A prescindere dall'articolato contenzioso da cui trae origine il giudizio costituzionale<sup>52</sup>, l'aspetto sostanziale resta che le norme impugnate vietano il

<sup>48</sup> Nella sentenza n. 252/2008 la Corte in precedenza aveva stabilito il divieto di introdurre con legge-provvedimento la cd caccia in deroga ex art. 19-bis della L. 157/92 perché ciò vanificherebbe il potere di annullamento attribuito dallo stesso articolo al Presidente del Consiglio dei ministri.

<sup>49</sup> Oltre alla 20/2012 in tema di caccia cfr anche sentt. n. 10/2019, 193 e 90/2013, 105, 116 e 310 del 2012.

<sup>50</sup> Sulla riserva di amministrazione regionale in tema di ambiente anche se non di protezione della fauna, A.CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare con legge: le ragioni costituzionali del «giusto procedimento di pianificazione»*, in *Regioni*, 2018, n. 4, p. 744 ss.

<sup>51</sup> Cfr par. 2

<sup>52</sup> Il TAR rimettente era chiamato a decidere un ricorso per l'annullamento della deliberazione n. 21/3140 dell'11 aprile 2016 della Giunta della Regione Piemonte con la quale è stato approvato il calendario venatorio per la stagione 2016-2017 e da cui deriverebbe l'esclusione della possibilità di cacciare alcune specie considerate cacciabili ex art. 18, co. 1, della n. 157/92 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio). In ottemperanza ad accoglimento in sede cautelare di uno dei motivi oggetto di ricorso, la Giunta della regione Piemonte ha adottato una nuova delibera (n. 97-3835 del 4 agosto 2016) con cui ha

prelievo venatorio per alcune specie considerate cacciabili dalla regolazione nazionale<sup>53</sup>.

A giudizio della Corte le censure non colgono nel segno in quanto del tutto inconferenti rispetto alla filosofia di fondo della legislazione regionale che, radicalmente sganciata da scelte temporali di breve periodo che caratterizzano il calendario venatorio, non è stata correttamente inquadrata.

Il punto centrale è il seguente: le norme censurate non approvano alcun calendario venatorio ma, a prescindere dalla stagione di caccia, la vietano *sine die* per alcune specie; l'intenzione della Regione è quindi quella di elevare, in maniera sistematica, il livello di protezione della fauna selvatica.

Non si profila quindi alcun contrasto con il consolidato principio che impone l'adozione del calendario con atto amministrativo (proprio perché le disposizioni non lo approvano e, a differenza della prossima sentenza<sup>54</sup> non lo "richiamano") ma, viceversa, la scelta rappresenta espressione del legittimo esercizio della potestà legislativa residuale regionale in materia di caccia.

Non si realizza in altri termini una illegittima attrazione del calendario venatorio sul piano legislativo, ma si concretizza una scelta, politicamente diversa e costituzionalmente consentita, di elevare il livello della tutela faunistica; scelta che, operando proprio sul piano generale e astratto, vede nello strumento legislativo la forma più idonea per il "prevedere" in quanto le norme denunciate hanno «*solo stabilito un precetto normativo suscettibile di ripetuta applicazione nel tempo, privo del*

---

modificato il calendario venatorio. La Regione ha poi approvato la L.R. 27/2019 in cui nell'unico l'art. 1 co. 1 ha vietato di catturare o abbattere anche le specie oggetto di pronuncia cautelare. Conseguentemente, con successiva delibera n. 10-4551 del 9 gennaio 2017 la Giunta ha adottato un nuovo calendario venatorio che escludeva quelle previste nella norma regionale. Con motivi aggiunti i ricorrenti hanno chiesto l'annullamento anche di questa nuova deliberazione in riferimento agli artt. 102 e 117 co. 2 lett. s) della Costituzione.

<sup>53</sup> In particolare, l'art. 39 co. 1 della L.R. 26/2015, aggiungendo la lettera f-ter) all'art. 40 co. 4 della L.R. 5/2012, disponeva il divieto di abbattere, abbattere, catturare o cacciare le specie pernice bianca (*Lagopus mutus*), allodola (*Alauda arvensis*) e lepre variabile (*Lepus timidus*) mentre l'art. 1 co. 1 della L.R. 26/2017, aggiungendo la lettera f-quater) all'art. 40 co. 4 della L.R. 5/2012, disponeva il divieto di abbattere, abbattere, catturare o cacciare le specie fischione (*Anas penelope*), canapiglia (*Anas strepera*), mestolone (*Anas clypeata*), codone (*Anas acuta*), marzaiola (*Anas querquedula*), folaga (*Fulica atra*), porciglione (*Rallus aquaticus*), frullino (*Lymnocyptes minimum*), pavoncella (*Vanellus vanellus*), moretta (*Aythya fuligula*), moriglione (*Aythya ferina*), combattente (*Philomachus pugnax*), merlo (*Turdus merula*). Si consideri che successivamente la regione Piemonte ha riordinato la disciplina della caccia con la L.R. 5/2018 che ha, conseguentemente abrogato anche l'art. 40 co. 4 della L.R. 5/2012; tuttavia la Regione ha confermato le proprie scelte sulle specie non cacciabili confermando l'esclusione dal prelievo venatorio per quelle specie oggetto del contenzioso; difatti ai sensi dell'art. 2 co. 5 sono escluse dal prelievo venatorio «*le seguenti specie: fischione, canapiglia, mestolone, codone, marzaiola, folaga, porciglione, frullino, pavoncella, combattente, moriglione, allodola, merlo, pernice bianca, lepre variabile*». Dal confronto emerge che l'unica specie per la quale l'esclusione non è stata confermata è la moretta (*Aythya fuligula*). Tuttavia, in applicazione del principio *tempus regit actum*, la modifica legislativa non rileva ai fini del giudizio in quanto, il Tar rimettente è «*chiamato a giudicare sulla richiesta di annullamento di due atti della Giunta regionale che hanno regolato l'attività venatoria per la stagione 2016-2017, nel corso della quale erano in vigore le norme censurate, sicché queste hanno trovato attuazione*» (cid 3 sent. n. 7/2019).

<sup>54</sup> *Infra* sent. n. 258/19

*contenuto tipico del calendario venatorio, nonché dei relativi effetti temporanei e contingenti*. Per sintetizzare, nel motivare l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, così la Corte si esprime: «[u]na volta riconosciuto che le norme legislative censurate hanno determinato l'effetto di incrementare la tutela minima ascrivibile alla potestà legislativa statale, si deve ritenere che, in quest'ambito di maggiore protezione faunistica, del tutto legittimamente si sia esplicitata la potestà legislativa residuale in materia di caccia»<sup>55</sup>.

Il calendario venatorio è l'oggetto del contenzioso della successiva sentenza n. 258 del 2019<sup>56</sup> dove, stavolta però, la Corte punisce l'utilizzo dello strumento legislativo in quanto la Regione inizialmente lo approva con provvedimento amministrativo per poi, con profili di elusività, attrarlo in legge.

Il Presidente del Consiglio dei ministri<sup>57</sup> ha impugnato gli artt. 1, co. 1 e 2 co. 1 della L.R. Marche 46/2018 in riferimento all'art. 117 co. 2 lett. s)<sup>58</sup> lamentandosi dell'approvazione del calendario venatorio per legge in violazione dei principi espressi nella sentenza n. 20/2012 e reiteratamente ribaditi.

Appare subito debole la posizione della Regione che, nel ribadire il rispetto della riserva di amministrazione, si difende sostenendo come il calendario sarebbe stato approvato proprio all'esito di un procedimento amministrativo<sup>59</sup> limitandosi quindi, le norme censurate, soltanto a richiamarne il rispetto.

Da una breve analisi delle norme censurate emerge chiaramente la criticità che conduce alla dichiarazione di illegittimità costituzionale; difatti l'art. 1 co. 1 della L.R. Marche n. 46/2018, nel modificare l'art. 3 co. 2 della L.R. Marche n. 44/2018 autorizza l'esercizio venatorio nei siti della rete Natura 2000 «secondo le modalità e le condizioni

<sup>55</sup> Cid 6.3 sent. n. 7/2019

<sup>56</sup> S. SPUNTARELLI, *La via della tutela dell'ambiente per riconoscere la riserva di atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2019, p. 3172 ss

<sup>57</sup> Tuttavia il ricorso si colloca all'interno di un contenzioso amministrativo già pendente al momento dell'approvazione delle norme impugnate; alcune associazioni ambientaliste avevano proposto ricorso per l'annullamento della delibera della Giunta della Regione Marche n. 1068 del 30 luglio 2018 che approvava il calendario venatorio 2018/2019; il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 5165 del 22 ottobre 2018, in riforma del primo grado, aveva sospeso in sede cautelare l'efficacia del calendario venatorio in riferimento all'esercizio della caccia nei siti Natura 2000 e al prelievo di determinate specie di volatili in alcuni giorni di febbraio 2019; successivamente la Regione Marche avrebbe con l'art. 3 della L. 44/2018 e con la delibera della Giunta Regionale n. 1469 dell'9 novembre 2018 avrebbe ripristinato l'esercizio della caccia in tali aree; anche quest'ultima delibera è stata oggetto di ricorso davanti al Tar Marche che con ordinanza n. 265 del 7 dicembre 2018 ha accolto domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione limitatamente all'esercizio della caccia nei siti Natura 2000 e quanto al prelievo delle medesime specie interessate dalla precedente ordinanza del Consiglio di Stato; infine, con l'art. 1 co. 1 e 2 co. 1 della L.R. 46/2018, oggetto di contenzioso costituzionale, la regione avrebbe, a giudizio del ricorrente, ripristinato la caccia in tali aree.

<sup>58</sup> Con il ricorso veniva sollevata anche questione di costituzionalità in riferimento all'art. 111 Cost. per interferimento con la funzione giurisdizionale (cfr. anche nota precedente) i cui profili vengono dichiarati assorbiti dalla Consulta nella illegittimità costituzionale ex art. 117 co. 2 lett. s) Cost. in quanto la violazione del riparto di competenze legislative viene ritenuta, sotto il profilo logico-giuridico, pregiudiziale rispetto ad altri parametri non contenuti nel Titolo V della parte II della Costituzione (*ex plurimis* sent. 148/2018).

<sup>59</sup> Con la delibera della Giunta Regionale n. 1068 del 2018.

*indicate nel calendario venatorio vigente (Allegato A)»; inoltre l'art. 2 co. 1 della L.R. 46/2018 stabilisce che alla L. 44/2018 «è aggiunto l'Allegato A di cui a questa legge»; si precisa che l'Allegato A è il calendario venatorio.*

Pertanto è vero che la Regione ha prima approvato il calendario venatorio con provvedimento amministrativo ma, successivamente, con i richiami contenuti nelle disposizioni censurate, lo ha formalmente attratto nella sfera legislativa attribuendogli tutte le caratteristiche e gli effetti degli atti normativi.

In altri termini è il successivo richiamo in un testo legislativo che concretizza *ex post* quella violazione dello standard minimo di tutela fissato dal legislatore nazionale che non si era manifestato *ex ante* con l'approvazione del calendario venatorio tramite procedimento amministrativo.

Del resto l'implicita riserva di amministrazione di tale strumento, fondata sull'esigenza di una istruttoria ampia e trasparente nonché di controllo giurisdizionale, confligge con l'irrigidimento deciso dalla Regione Marche nel richiamare il calendario venatorio con le norme censurate.

Per tali motivi la Corte ne dichiara l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 co. 2 lett. s) in quanto «[l]a successiva legificazione del calendario venatorio, seppure in origine adottato con provvedimento amministrativo, in ogni caso riduce in peius lo standard minimo di tutela della fauna selvatica stabilito dall'art. 18, comma 4, della legge n. 157 del 1992».

A differenza della precedente sentenza n. 7/2019, in questo caso la Regione non ha utilizzato la fonte legislativa per attuare una propria politica a favore della fauna selvatica ma, abusando dello strumento, ne ha fatto un uso distorto in chiave elusiva. Per completezza si segnala anche la recente sentenza n. 178/2020 che, sempre in tema di calendario venatorio, non ha tuttavia particolare contenuto innovativo<sup>60</sup> confermando le posizioni giurisprudenziali precedenti.

<sup>60</sup> Da segnalare invece l'altro interessante aspetto affrontato dalla sentenza nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli art. 35, co. 1 e 2 e 36 della L.R. 29/2018 con cui si autorizzava l'immissione di specie ittiche non autoctone in quanto disciplina di esclusiva competenza statale; è del tutto irrilevante come, nel caso in specie, si autorizzasse l'immissione di solo individui sterili in quanto viene osservato come tali specie potrebbero comunque produrre danni all'ambiente al di là delle proprie capacità riproduttive. In precedenza la Corte aveva già avuto modo di chiarire che la disciplina relativa a introduzione, reintroduzione e ripopolamento di specie animali rientra nella esclusiva competenza statale ex art. 117, co. 2, lett. s) della Costituzione, trattandosi di regole di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e non solo di discipline d'uso della risorsa ambientale-faunistica (sent. 98/2017; 30/2009 e 288/2012). Si pone quindi la questione di valutare se l'intervento regionale sia da considerare o meno come un innalzamento del livello di tutela giungendo ad una risposta negativa. Nelle parole della Corte, «[o]rbene l'immissione di materiale ittico sterile non può certo costituire un livello di tutela ambientale più elevato di quello prescritto dal legislatore statale che, all'art. 12, comma 3, del d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357 (Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche), vieta l'introduzione di specie alloctone e, all'art. 6 del decreto legislativo 15 dicembre 2017, n. 230, recante «Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 1143/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22

Difatti l'art. 36 della L.R. Liguria n. 29/2018<sup>61</sup> sostituiva l'art. 34 co. 7 della L.R. 29/1994<sup>62</sup> nella parte in cui, in attuazione dell'art. 18 co. 6 L. 157/92 dispone, nel periodo che va dal 1 ottobre al 30 novembre, l'integrazione di due giornate settimanali per l'esercizio venatorio da appostamento alla fauna selvatica migratoria, salva la facoltà per la Giunta regionale di modificare tale integrazione sentito l'ISPRA.

Il Presidente del Consiglio deduce l'usuale violazione dell'art. 18 della L. 157/92 per adozione del calendario venatorio con legge in luogo di provvedimento amministrativo e la Corte, sulla base della consolidata giurisprudenza, rileva l'illegittimità delle norme censurate in quanto attraggono sul piano legislativo i contenuti del calendario venatorio.

Provando a tirare le fila dell'analisi dei casi appena visti non viene messo in discussione il vincolo che il calendario venatorio<sup>63</sup> debba essere approvato con un provvedimento amministrativo e non con legge; tuttavia, se la scelta di escludere una specie dal prelievo venatorio assume condizione di stabilità, non presenta profili di incostituzionalità l'intervento legislativo regionale che, in via generale e astratta, innalza il livello di tutela minimo fissato dal legislatore statale in quanto ciò rappresenta lecita attuazione della competenza legislativa residuale in materia di caccia.

Strumento che diventa invece illegittimo se utilizzato in maniera elusiva e distorta come nel caso della legge marchigiana che, dopo aver approvato il calendario venatorio con provvedimento amministrativo, successivamente lo cristallizza in forma legislativa.

Prima di procedere vale la pena osservare come gli standard minimi fissati dallo Stato possono assumere natura completamente diversa potendo consistere sia in principi da osservare (come può essere il caso appena analizzato dell'approvazione del calendario venatorio), sia concretizzarsi in strumenti molto dettagliati (come sarà il caso analizzato nel prossimo paragrafo).

Tuttavia, al di là delle classificazioni teoriche degli standard minimi, la differenza che, in concreto, sembra utile evidenziare è tra standard potenzialmente migliorabili<sup>64</sup> e standard solo rispettabili<sup>65</sup>; quindi, rispetto ai casi analizzati, la

---

*ottobre 2014, recante disposizioni volte a prevenire e gestire l'introduzione e la diffusione delle specie esotiche invasive», dispone il divieto di rilascio in natura di «esemplari di specie esotiche invasive di rilevanza unionale» (art. 6 del d.lgs. n. 230 del 2017) ovvero di specie che sono spostate al di fuori del loro areale naturale» (c.i.d. 6).*

<sup>61</sup> Disposizioni collegate alla legge di stabilità per l'anno 2019.

<sup>62</sup> Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio.

<sup>63</sup> Ma anche il piano faunistico-venatorio cfr sent. n. 16/2019.

<sup>64</sup> Se uno standard è migliorabile in teoria è ovviamente anche peggiorabile ma questa è una ipotesi non consentita.

determinazione delle specie cacciabili rientra tra i primi mentre l'approvazione del calendario venatorio tramite procedimento amministrativo tra i secondi.

Tale distinzione assume rilevanza per inquadrare concettualmente l'estensione delle competenze legislative regionali nella disciplina della caccia in quanto il legittimo esercizio della propria autonomia può trovare attuazione solo tramite disposizioni che determinano un incremento di tutela degli standard migliorabili.

Vi sono casi in cui il concetto di standard può risultare più articolato e assumere una duplice dimensione: una prima, più teorica e agganciata ad uno o più principi che esprime il senso della sua funzione ed una seconda, più pratica, in cui il principio trova la sua attuazione attraverso uno strumento concreto; come esempio di questa tipologia di standard viene analizzato il caso della modalità di compilazione del tesserino venatorio, anch'esso oggetto di alcune recenti sentenze.

#### **4. L'autonomia legislativa regionale nella definizione degli standard minimi di dettaglio: le modalità di annotazione del tesserino venatorio.**

Dall'analisi di tre recenti sentenze, che in qualche modo si connettono<sup>66</sup>, è verificabile come il ragionamento della Corte Costituzionale, nel valutare le iniziative legislative regionali che modificano gli standard definiti a livello nazionale, non muta al variare nella natura degli standard stessi.

In queste sentenze infatti l'attenzione della Corte viene portata su un aspetto decisamente di dettaglio quale la modalità di annotazione del tesserino venatorio<sup>67</sup> che viene rilasciato dalla regione di residenza ed è un presupposto per l'esercizio della caccia; tale strumento incorpora sia una funzione *ex ante* abilitativa e di controllo, in modo da permettere l'esercizio della caccia solo ai soggetti con i requisiti

---

<sup>65</sup> A ben vedere possono esserci disposizioni regionali che determinano una regolazione diversa o integrativa di quella statale che potrebbe non rientrare perfettamente nella bipartizione suggerita; in questo caso è evidente comunque che lo standard statale fissato è predisposto in modo da lasciare comunque, volutamente o meno, un possibile spazio di regolazione di cui la Regione fruisce utilizzando le proprie competenze confluendo quindi tale situazione, anche se in maniera meno evidente, in quella degli standard migliorabili.

<sup>66</sup> Più precisamente la prima sentenza n. 249/2019 contiene già le argomentazioni per le decisioni delle successive sentenze n. 291/2019 e 40/2020.

<sup>67</sup> Ai sensi dell'art. 12 co. 12 della L. 157/92, per l'esercizio dell'attività venatoria è richiesto «*il possesso di un apposito tesserino rilasciato dalla regione di residenza, ove sono indicate le specifiche norme inerenti il calendario regionale, nonché le forme di cui al comma 5 e gli ambiti territoriali di caccia ove è consentita l'attività venatoria. Per l'esercizio della caccia in regioni diverse da quella di residenza è necessario che, a cura di quest'ultima, vengano apposte sul predetto tesserino le indicazioni sopramenzionate*».

di legge, sia una *ex post* al fine di consentire, tramite l'obbligo di annotazione dei capi abbattuti, la verifica della selvaggina cacciata<sup>68</sup>.

Partendo dalla sentenza n. 249/2019, con la L.R. 44/2018<sup>69</sup> viene inserito il co. 5-bis nell'art 29 della L.R. Marche 7/1995<sup>70</sup> rubricato "tesserino di caccia" che così dispone: «[i]l cacciatore deve annotare in modo indelebile, negli appositi spazi del tesserino personale, il numero di capi di selvaggina stanziale e migratoria dopo gli abbattimenti accertati».

Il Presidente del Consiglio dei ministri propone ricorso asserendo violazione della competenza statale in tutela dell'ambiente e dell'ecosistema ex art. 117 co. 2 lett. s) Cost. in quanto la disposizione censurata abbasserebbe lo standard minimo definito a livello nazionale. Per comprendere la posizione del ricorrente occorre ricordare come a seguito di criticità sollevate dalla Commissione europea<sup>71</sup> con l'art. 31 della L. 122/2016<sup>72</sup> sia stato introdotto nell'art. 12 della L. 157/92 l'ulteriore co. 12 bis che impone l'annotazione sul tesserino venatorio della fauna selvatica «*subito dopo l'abbattimento*».

L'oggetto del contenzioso si risolve in una questione interpretativa tra l'espressione utilizzata dal legislatore nazionale (annotazione subito dopo l'abbattimento) e quella stabilita dalla Regione con la disposizione censurata (annotazione dopo gli abbattimenti accertati) dal cui confronto emergono due differenze; la prima è la mancata richiesta dell'immediatezza dell'annotazione nella disposizione regionale rispetto a quella statale (che utilizza l'avverbio «*subito*»); la seconda è l'ulteriore specificazione dell'accertamento dell'abbattimento non previsto dalla regolazione statale.

A giudizio dell'Avvocatura l'enunciato della legge regionale determinerebbe, nel suo complesso, un abbassamento del livello di tutela in quanto la selvaggina potrebbe non essere annotata dal cacciatore subito dopo l'abbattimento; il dubbio non sembra porsi soltanto per un fatto di tempistica di annotazione nel caso di certezza dell'abbattimento ma anche in riferimento a situazioni diverse come i casi dei capi solo feriti o non rinvenuti oppure di cui è impedito il recupero.

<sup>68</sup> Inoltre, tramite le annotazioni sul tesserino vengono acquisite informazioni sulla consistenza della fauna selvatica; informazioni che diventano poi fondamentali al fine di porre in essere le adeguate politiche di salvaguardia in funzione della consistenza numerica delle singole specie; da qui si capisce pertanto anche l'importanza e l'attenzione alla qualità delle informazioni raccolte tramite i tesserini.

<sup>69</sup> La stessa legge oggetto anche della sentenza n. 259/19 commentata nel paragrafo precedente.

<sup>70</sup> Norme per la protezione della fauna selvatica e per la tutela dell'equilibrio ambientale e disciplina dell'attività venatoria

<sup>71</sup> In particolare, nel corso di una procedura informativa avviata nel 2014 la Commissione europea aveva rilevato come numerose Regioni obbligassero l'annotazione degli abbattimenti sul tesserino solo alla fine della caccia complicando in tal modo le operazioni di controllo e riducendo l'affidabilità dei dati raccolti.

<sup>72</sup> Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2015-2016.

La Regione Marche, nel replicare l'infondatezza della questione promossa ex art. 117 co. 2 lett. s) Cost, difende la propria decisione sostenendo invece che l'ulteriore specificazione dell'accertamento richiesto abbia soltanto la funzione di rendere effettivo e non teorico l'abbattimento; in altri termini si vorrebbe solo evitare l'annotazione di capi di cui poi non risulta accertato l'abbattimento.

Non è in discussione la natura di standard minimo di tutela da attribuire al tesserino venatorio già in precedenza definito dalla Corte strumento che esprime «una soglia uniforme di protezione da osservare su tutto il territorio nazionale»<sup>73</sup>; il dubbio si annida quindi sulla compatibilità dell'espressione utilizzata dal legislatore regionale rispetto allo standard nazionale e se la prima concretizza una tutela *in peius* rispetto al secondo.

Analizzando le due questioni interpretative la Corte ritiene che l'assenza del termine "subito" non sia, da solo, elemento tale da ridurre il livello minimo di tutela; pertanto la mancanza di immediatezza nella disposizione censurata non viene considerata una lacuna in grado di generare un *vulnus* nel quadro normativo di natura tale da degenerare in illegittimità costituzionale.

Assume invece maggior rilievo il fatto che, in ogni caso, la disposizione regionale, pur nella sua diversità lessicale rispetto a quella statale, lega comunque l'annotazione sul tesserino all'abbattimento e non ad altri eventi successivi come, ad esempio, l'apprensione stessa del capo abbattuto; pertanto la disposizione può essere interpretata in modo che, al determinarsi dell'abbattimento, il cacciatore è già tenuto (implicitamente subito) all'annotazione sul tesserino.

Alla componente di immediatezza, integrabile in via interpretativa, la Corte aggiunge l'analisi dei lavori preparatori della L.R. Marche 44/2018, dai quali rileva il mancato recepimento nel testo finale della proposta che, da un lato, avrebbe ripetuto l'espressione statale (cioè «subito dopo l'abbattimento»), ma dall'altro anche richiesto l'avvenuto recupero; il ragionamento della Corte sottintende quindi, che l'esplicitazione di un ulteriore evento successivo all'abbattimento non avrebbe permesso alcuna interpretazione conforme realizzandosi un abbassamento del livello di tutela.

Non assume rilevanza nemmeno l'ulteriore specificazione della disposizione regionale che, a differenza di quella statale, prevede anche l'accertamento dell'abbattimento; evento quest'ultimo che, anche in base al disposto dell'art. 12 co. 12-bis della L. 157/92 deve essere considerato, a giudizio della Corte, come sinonimo di accertata uccisione della selvaggina.

In altri termini la disposizione regionale, prevedendo anche l'accertamento, non introduce in realtà nessun evento ulteriore che dilata o rende incerta la tempistica di

---

<sup>73</sup> Sent. 90/2013; Sent. 278/2012.

annotazione sul tesserino ma integra opportunamente la disposizione marcando la condizione che l'abbattimento del capo sia effettivamente verificato dal cacciatore subito dopo aver sparato; condizione di effettività richiesta del resto anche dalla disciplina statale con l'espressione «*subito dopo l'abbattimento*».

In sintesi è quindi possibile interpretare la disposizione regionale in modo conforme a Costituzione in quanto la mancanza di immediatezza - legata all'assenza della parola "subito" - può essere considerata comunque implicitamente sussistente nell'enunciato mentre l'espressione aggiuntiva che richiede l'accertamento dell'abbattimento, non determina collisioni con la disciplina statale e può semmai essere considerata come elemento chiarificatore per evitare l'annotazione di capi che non risultano abbattuti con certezza<sup>74</sup>.

Sulla base di tali motivazioni la questione di legittimità costituzionale viene dichiarata inammissibile non determinandosi alcun abbassamento del livello di protezione della fauna in quanto l'esistenza di una interpretazione adeguatrice della norma impugnata, fondata sui canoni ermeneutici indicati dalla Corte, la rende compatibile con lo standard minimo e uniforme stabilito dal legislatore nazionale con l'art. 12 co. 12-bis della L. 157/92. Con la successiva sentenza n. 291/2019 il Presidente del Consiglio dei ministri promuove questione di legittimità costituzionale anche<sup>75</sup> sull'art. 15, co. 1 lett. j) della L.R. Lombardia n. 17/2018 che ha modificato l'art. 22, co. 7, della L.R. 26/1993<sup>76</sup>; l'esito del giudizio era di fatto già stato anticipato nella sentenza n. 249/2019 precedentemente analizzata.

Difatti la disposizione censurata prevede che l'obbligo di annotazione sul tesserino non sia più effettuato dopo (solo) l'abbattimento accertato ma bensì dopo l'abbattimento e (anche) l'avvenuto recupero.

L'Avvocatura si lamenta del fatto che la disposizione regionale avrebbe illegittimamente abbassato il livello di tutela invadendo quindi la sfera di competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema ex art. 117 co. 2 lett. s) Cost. in relazione all'art. 12 co. 12-bis della L. 157/92 che richiede, ricordiamo, l'annotazione sul tesserino subito dopo (solo) l'abbattimento.

---

<sup>74</sup> Effettività dell'abbattimento che risolve anche qualsiasi dubbio sull'onere di annotazione davanti ad eventi in cui manca la contestualità con l'atto di caccia in quanto, in assenza dell'elemento certo, la norma statale non impone alcuna annotazione; pertanto non vi è l'obbligo di annotazione in caso di capo ferito o non rivenuto; diversamente invece per il capo abbattuto ma di cui non sia possibile il recupero. Non si può infatti ritenere che, alla luce della *ratio legis* di acquisire informazioni affidabili, la norma statale possa obbligare «*ad annotare eventi incerti con l'effetto paradossale, peraltro contraddittorio rispetto alla finalità di tutela della fauna selvatica, di fornire dati solo ipotetici in merito alla sua composizione*» (cid 3.6 sent. 249/2019).

<sup>75</sup> Il ricorso è più articolato e verte anche su altre disposizioni che non vengono considerate in quanto esulano dall'argomento trattato.

<sup>76</sup> Norme per la protezione della fauna selvatica e per la tutela dell'equilibrio ambientale e disciplina dell'attività venatoria.

La difesa della Regione si fonda su due argomenti: *in primis* la disposizione non avrebbe aggiunto una ulteriore condizione rispetto a quella statale ma avrebbe invece imposto l'annotazione anche in presenza del solo recupero a prescindere dall'abbattimento; il tentativo è quindi quello di presentare la modifica legislativa come *in melius* in quanto andrebbe a prevedere casi di annotazione obbligatoria non previsti dalla disciplina statale; si tratterebbe del caso in cui un terzo, diverso dal cacciatore che ha sparato, recuperi il capo abbattuto.

Inoltre, sempre nella prospettiva che la modifica della disposizione regionale non introduca condizioni aggiuntive rispetto a quella statale, la specificazione dell'avvenuto recupero dell'animale sarebbe volta a eliminare alla radice qualsiasi dubbio sull'abbattimento e avrebbe quindi solo lo scopo, chiarificatore, di evitare annotazione di abbattimenti non effettivi.

Ma la Corte, in base al ragionamento già contenuto nella precedente sentenza n. 249/2019, non condivide tali argomentazioni in quanto la disposizione censurata, diversamente da quanto sostenuto della Regione resistente, altera la soglia minima di protezione fissata dal legislatore nazionale.

In questo caso non è infatti possibile rendere compatibile la disposizione censurata per via interpretativa in quanto la previsione (anche) dell'avvenuto recupero fa acquisire alla modifica legislativa la caratteristica di deroga *in peius* non consentita.

La Corte evidenzia la debolezza della difesa regionale per l'utilizzo della congiunzione «e», mentre, se nelle intenzioni del legislatore regionale ci fosse stato quello di estendere l'obbligo di annotazione anche per chi si limitasse al recupero dell'animale, avrebbe dovuto utilizzare la disgiunzione «o»<sup>77</sup>.

In sintesi, non è consentito subordinare l'annotazione sul tesserino al recupero dell'animale in quanto ciò «*frustra la ratio sottesa alla disciplina normativa statale e abbassa la soglia di protezione da essa stabilita*<sup>78</sup>». Con la recente sentenza n. 40/2020 la Corte affronta un'altra disposizione regionale che stabilisce sempre le modalità di annotazione sul tesserino.

Stavolta il contenzioso è di natura incidentale ed è promosso dal Tar Liguria che solleva anche<sup>79</sup> questione di costituzionalità sull'art. 38 co. 8 della L.R. Liguria n. 29/1994 in riferimento sempre all'art. 117 co. 2 lett. s) della Costituzione in base al quale il cacciatore deve indicare nel tesserino la sigla del capo abbattuto «*subito dopo l'abbattimento accertato*».

<sup>77</sup> L'utilizzo della congiunzione (abbattimento e recupero), obbligando all'annotazione solo al realizzarsi di entrambi gli eventi, aprirebbe peraltro, almeno secondo una interpretazione letterale, anche ad ipotesi paradossali di capi abbattuti ma deliberatamente non recuperati che potrebbero essere non annotati.

<sup>78</sup> Cid 4 Sent. 291/2019.

<sup>79</sup> Il ricorso verte anche su altra questione che non viene però analizzata in quanto non rilevante per l'argomento trattato nel presente contributo.

Il dubbio del giudice rimettente muove dal fatto che la disposizione posticiperebbe al momento dell'accertamento l'obbligo di annotazione riproponendo il tema, già affrontato però nelle sentenze precedenti, della possibile esclusione da essa dei capi abbattuti ma non rintracciati o recuperati. Agevole la decisione in quanto le questioni interpretative sollevate dal caso erano già state affrontate nella precedente sentenza n. 249/2019 dove la Corte aveva chiarito come il termine "abbattimento" potesse solo essere interpretato come sinonimo di verificata uccisione dell'animale; pertanto la precisazione che l'abbattimento debba essere accertato assume natura pleonastica o chiarificatrice della volontà legislativa statale che richiede comunque, per far scattare l'obbligo di annotazione, il realizzarsi dell'effettività dell'evento<sup>80</sup>.

Sempre nella sentenza n. 249/2019 la Corte aveva anche già chiarito come l'assenza nella disposizione regionale marchigiana del termine "subito" non implicasse alcun abbassamento del livello di tutela in quanto tale avverbio era desumibile implicitamente.

A *fortiori* quindi non possono esserci dubbi sulla legittimità della disposizione regionale che ribadisce il termine riecheggiando quello utilizzato dal legislatore nazionale nell'art. 12 co. 12-bis della L. 157/92 (annotazione «*subito dopo l'abbattimento*»).

In conclusione, non determinandosi alcuna riduzione del livello di tutela stabilito dal legislatore nazionale, viene dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Liguria.

L'esame delle tre sentenze conferma *in toto* l'approccio che la Corte ha seguito per l'aumento delle specie non cacciabili; diverso è il parametro oggetto di verifica<sup>81</sup> ma non muta il principio di fondo; non vengono ammessi interventi legislativi che possano prospettare un abbassamento del livello di tutela in questo caso individuabile non nella violazione diretta di uno standard facilmente identificabile<sup>82</sup> ma da scelte terminologiche che aggiungono condizioni ulteriori rispetto a quelle richieste dal legislatore nazionale.

Condizioni aggiuntive che diventano però illegittime solo se diminuiscono irragionevolmente le ipotesi di annotazione sul tesserino (sent. 291/2019) mentre

---

<sup>80</sup> Nello stesso senso anche Sent. 291/2019.

<sup>81</sup> Rappresentato in questo caso dall'art. 12, co. 12-bis e non dall'art. 18 della L. 157/92

<sup>82</sup> Caso di semplice individuazione sono ad esempio, oltre alla determinazione delle specie cacciabili, la fissazione del periodo di caccia e gli orari di svolgimento; a titolo esemplificativo sulla fissazione del periodo di caccia cfr sent. 536/2002 (cfr dottrina in nota n. 14) con la quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale della L.R. Sardegna n. 5/2002 che consentiva l'attività venatoria dalla terza domenica di settembre fino al 28 febbraio dell'anno successivo in violazione della disciplina statale che prevede invece come termine per l'attività venatoria il 31 gennaio; sulla determinazione degli orari di svolgimento della caccia cfr sentenza 191/2001 (confermata dalla recente sentenza n. 40/2020) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione ligure che consentiva la caccia da appostamento fisso o temporaneo alla selvaggina migratoria ancora per mezz'ora dopo il tramonto del sole quando invece l'art. 18 della L. 157/92 pone il limite al tramonto.

restano ammissibili se è possibile fornirne una interpretazione costituzionalmente orientata che non pregiudichi il livello di tutela stabilito dal legislatore nazionale (sent. 258/2019 e 40/2020)<sup>83</sup>.

## **5. Considerazioni finali: qualche ambiguità in un quadro di competenze sufficientemente chiaro ma "gattopardesco".**

La disciplina della caccia sembra paradigmatica per constatare come la riforma del titolo V, con le sue logiche di fondo profondamente diverse rispetto al testo precedente, non necessariamente abbia poi prodotto modifiche effettive negli spazi costituzionali di Stato e Regioni.

Le evidenti differenze sia da un punto di vista concettuale (la tecnica di ripartizione delle materia) nonché le scelte degli ambiti competenziali (caccia come materia residuale regionale e la competenza esclusiva statale in tutela dell'ambiente e dell'ecosistema) avrebbero dovuto determinare qualche effetto sul piano dell'esercizio effettivo dei poteri legislativi a fronte del contenuto dell'art. 117 ante riforma (caccia come materia concorrente e protezione dell'ambiente come competenza concorrente o "concorrenza di competenze" elaborata in via giurisprudenziale).

Sotto questo punto di vista, al di là dei dubbi puntuali sulle singole disposizioni regionali, la tesi del giudice rimettente della sentenza n. 7/2019, in base alla quale le profonde modifiche costituzionali avrebbero richiesto una lettura diversa della legge n. 157/92, conservano una propria logica.

Ma in realtà, come pare constatabile, nessuna modifica sostanziale si registra sul piano pratico.

La presenza di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema tra le competenze esclusive statali "taglia" e si impone, come protezione della fauna selvatica, sulla disciplina della caccia e la legge n. 157/92, elaborata quantomeno concettualmente in un periodo storico come legge quadro, è diventata un universo di standard ambientali minimi ed uniformi non modificabili dalla Regioni se non *in melius* (oppure solo rispettabili).

A prescindere che la legge n. 157/92 sia considerabile, storicamente, come legge quadro oppure, in base al quadro attuale, come normativa che individua standard minimi uniformi per la protezione della fauna selvatica, sul piano del dispiegamento degli effetti il risultato appare "gattopardesco" nella misura in cui, osservando il

---

<sup>83</sup> Sent. 258/2019.

tessuto legislativo e le decisioni della Corte, niente è cambiato negli spazi costituzionali di Stato e Regioni.

In altre parole, la modifica della Costituzione non ha in alcun modo inciso su tre aspetti fondamentali: il concreto esercizio di competenze legislative tra Stato e Regioni, la giurisprudenza della Corte (che evidenzia una totale continuità con il passato) e il riferimento legislativo fondamentale (la L. 157/92 non ha dovuto subire alcuna modifica causa riforma del Titolo V).

Semmai, senza mettere in dubbio la rigidità costituzionale, verrebbe da riflettere, in maniera un po' retorica, se sin dalla sua approvazione, la legge n. 157/92, più che essere (solo) una legge quadro non fosse anche intrisa di dettagli<sup>84</sup>; in tal caso si sarebbe anche risolto il vizio originario (tutto teorico) in quanto la natura polivalente degli standard minimi uniformi "bypassa" lo spinoso problema di stabilire se una disposizione abbia natura di principio o meno; sotto questo punto di vista l'attuale assetto costituzionale sembra fornire alla L. 157/92 un vestito più aderente alla sue caratteristiche genetiche.

Provando a riepilogare l'analisi sin qui effettuata, la sent. n. 7/2019 è una decisione che conferma come le Regioni, se esercitano correttamente le proprie competenze legislative, hanno possibilità di incidere nella protezione dell'ambiente; non sembrano peraltro esservi impedimenti per applicare i principi sottesi alla decisione a tutti gli aspetti della disciplina legati al prelievo venatorio come confermano le decisioni sulle modalità di annotazione dei capi abbattuti sul tesserino che, al di là delle dettagliate dissertazioni sugli enunciati delle disposizioni, in sostanza confermano la possibilità di spazi regionali legislativi purché non *in peius*.

Diverso è il caso in cui la Corte rileva l'utilizzo della fonte legislativa in abuso del diritto, allo scopo cioè di aggirare i vincoli imposti dal legislatore statale.

In conclusione, tutto sommato, la ripartizione di competenze legislative nell'ambito di regolazione che si determina nell'intersezione tra protezione della fauna e caccia appare, al momento, molto semplice e chiara: la legge n. 157/92 stabilisce standard minimi di protezione che non possono essere derogati *in peius*; sono invece ammissibili interventi legislativi regionali che incrementano il livello di tutela<sup>85</sup>.

Come già ricordato peraltro, in termini effettivi, tenuto conto della linearità della giurisprudenza costituzionale, impermeabile a mutamenti legislativi e costituzionali,

<sup>84</sup> A proposito di leggi quadro che includono anche disposizioni dettagliate parla di "parossistica pignoleria" L. PALADIN, *Diritto regionale*, 2000, p. 100; sulla presenza di norme di dettaglio nella L. 157/92 cfr G.SERENO, *Caccia*, in G.GUZZETTA, F.S.MARINI, D.MORANA (a cura di), *Le materia di competenza regionale*, p. 99; sul carattere dettagliato già della precedente legge quadro n. 968/1977 cfr F.RESCIGNO, *Deroghe alle specie cacciabili. Una compressione giustificata dalle competenze regionali*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2389 ss.

<sup>85</sup> Modifiche che non possono incidere in alcun modo sugli standard che, per natura, sono solo rispettabili.

poco, per non dire niente risulta cambiato nella ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni nonostante le profonde modifiche avvenute nell'art. 117 della Costituzione.

A fronte di un quadro che appare tutto sommato abbastanza lineare due sono le questioni critiche che sembrano da evidenziare, di cui una strettamente attinente all'oggetto del presente contributo e un'altra, invece, di portata più generale.

La prima attiene ad una incoerenza nell'utilizzo della Corte dell'espressione "punto di equilibrio". In particolare, recentemente, nella sentenza n. 16/2019<sup>86</sup> la legge n. 157/92 viene qualificata come "punto di equilibrio" tra adeguata salvaguardia del patrimonio faunistico e interesse all'esercizio dell'attività venatoria; l'espressione appare equivoca in quanto tale concetto viene utilizzato come argomento per negare la possibilità di interventi regionali *in melius*.

Nel mutato scenario costituzionale la teoria dei punti di equilibrio è stata inaugurata dalla Corte con le sentenze n. 307 e 331 del 2003<sup>87</sup> che dichiararono l'incostituzionalità di alcune leggi regionali che stabilivano, in materia di inquinamento elettromagnetico, valori più restrittivi rispetto a quelli statali.

Per una appropriata collocazione concettuale del significato delle decisioni appare utile ripuntualizzare alcuni aspetti della già ricordata sentenza n. 407/2002<sup>88</sup> in cui la Corte, dando un segnale di apertura alle Regioni, dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale di alcuni articoli di una legge lombarda in materia di attività a rischio di incidenti rilevanti che incrementava il livello di tutela.

In quell'occasione fu (ri)precisato<sup>89</sup> che «*non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come "materie" in senso stretto, poiché, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie*». Sulla base di tale premessa non si può identificare una "materia" in senso tecnico qualificabile tutela dell'ambiente in quanto essa «*investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze*». Attingendo alle pronunce precedenti la Corte ricava «*una configurazione dell'ambiente come "valore"*

<sup>86</sup> In precedenza, sent. n. 174/2017 cid 6.1.

<sup>87</sup> M.CERUTI, *La Corte costituzionale detta il "decalogo" della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base della inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, n. 2, p. 258 ss; F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale sulla "necessità" degli impianti di telecomunicazione (nota a C. cost., 7 ottobre 2003, n. 307)*, in *Il Foro amministrativo (CDS)*, 2003, vol. 2, fasc. 10, pag. 2811 ss; Q.CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale (Nota a Corte cost. 307/2003)*, in *Le Regioni*, 2004, num. 1, pag. 623 ss.; G. TARANTINI, *La disciplina dell'elettrosmog tra Stato e Regioni*, in *federalismi.it*, n. 20/2004; G.M. SALERNO, *Derogabilità in melius e inviolabilità dell'equilibrio stabilito dalla legislazione statale organica*, ivi, n. 14/2003; F. ORLINI, *Tutela dell'ambiente e riforma del Titolo V della Costituzione: spunti di riflessione in tema di competenze dello Stato e delle Regioni*, in *Riv. giur. edil.*, n. 2, 2004, p. 406 ss.

<sup>88</sup> *Supra* par. 1.

<sup>89</sup> Si ricorda come la Corte si era già espressa sull'esistenza di materia trasversali con la precedente sentenza n. 282/2002; cfr nota 17.

*costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale».*

Trasversalità della materia che quindi non impedirebbe, in linea di principio, interventi regionali ulteriori avvalendosi delle competenze costituzionalmente riconosciute e connesse con la protezione dell'ambiente; giungendo alle conclusioni «*la Regione Lombardia può ragionevolmente adottare, nell'ambito delle proprie competenze concorrenti, una disciplina che sia maggiormente rigorosa, per le imprese a rischio di incidente rilevante, rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale, proprio in quanto diretta ad assicurare un più elevato livello di garanzie per la popolazione ed il territorio interessati*».

La decisione poteva far pensare l'ammissibilità di qualsiasi intervento legislativo regionale volto ad incrementare il livello di tutela sempre che si potesse fondare su competenze costituzionalmente riconosciute e funzionalmente collegate alla protezione dell'ambiente.

È in questo contesto che si collocano le citate sentenze n. 307 e 331 del 2003 che, invece, impediscono proprio l'applicazione di un tale automatismo inaugurando, nel mutato testo costituzionale, l'utilizzo del concetto del "punto di equilibrio"<sup>90</sup>.

Nei limiti di quanto interessa ai fini del presente contributo, la Corte da un lato ribadisce la natura di materia trasversale della protezione dell'ambiente, ma dall'altro individua l'esistenza di un possibile argine per gli interventi legislativi regionali *in melius* che opera nei casi in cui la *ratio* sottesa alla disciplina statale risulta più complessa ed articolata.

In tali situazioni la posizione del legislatore nazionale è ritenuta l'unica adeguata a definire il giusto bilanciamento tra i vari interessi in gioco; a quel punto la ponderazione effettuata in sede statale non è suscettibile di interventi "settoriali" regionali neppure volti ad incrementare il livello di tutela; sono casi in cui lo Stato raccoglie tutti i fili legati ai singoli interessi in gioco e li annoda, concentrandoli in uno "standard olistico" che rappresenta qualcosa di più della loro somma: viene individuato un punto di equilibrio non più modificabile dalle Regioni in quanto la maggior protezione di uno degli interessi si traduce comunque «*in una alterazione, quindi, in una violazione, dell'equilibrio tracciato dalla legge statale*»<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> Cfr M.MICHETTI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, 2015, pp. 1924-1927; nel determinare il punto di equilibrio sulla necessità per lo stato di rispettare il principio di sussidiarietà «*che si concretizza in una verifica di ragionevolezza e proporzionalità*» F.BENELLI, *Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Regioni*, 2008, n. 4/5, p. 910.

<sup>91</sup> Sent. 331/2003.

Nelle parole della Corte «la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il *punto di equilibrio* (ns il corsivo) fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al Paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato»<sup>92</sup>.

E più recentemente<sup>93</sup> in materia di tutela dell'aria e di riduzione delle emissioni in atmosfera, nel dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni di una legge pugliese, la Corte ha ribadito come, seppur la competenza esclusiva prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. non escluda aprioristicamente interventi legislativi regionali, occorre però «che ciò avvenga in termini di piena compatibilità con l'assetto normativo individuato dalla legge statale, non potendo tali interventi alterarne il *punto di equilibrio* (ns il corsivo) conseguito ai fini di tutela ambientale»; e ancora, in tema di VIA<sup>94</sup>, dichiarando l'illegittimità costituzionale di una legge della Valle D'Aosta è stato specificato come la competenza statale ex art. 117 co. 2 lett. s) Cost. non esclude interventi regionali legislativi «purché compatibili con l'assetto normativo individuato dalla legge statale, non potendo tali interventi alterarne il *punto di equilibrio* (ns il corsivo) conseguito ai fini di tutela ambientale».

In sintesi, per la Corte, l'esistenza di un punto di equilibrio impedisce iniziative legislative regionali anche *in melius*.

A questo punto emerge in maniera più chiara l'incoerenza prima evidenziata nel definire la legge n. 157/92 come un "punto di equilibrio" tra adeguata salvaguardia del patrimonio faunistico e interesse all'esercizio dell'attività venatoria.

Sembra infatti quantomeno inopportuno<sup>95</sup> avvalersi di tale espressione quando però poi si ritengono consentiti interventi legislativi regionali *in melius*; e si noti peraltro come tale possibilità assuma valenza di principio generale<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> Sent. n. 307/2003.

<sup>93</sup> Sent. n. 178/2019.

<sup>94</sup> Sent. n. 147/2019.

<sup>95</sup> A ben vedere il primo utilizzo del termine "punto di equilibrio" è precedente alla riforma della Costituzione (sent. 4/2000) per cui, in tale contesto, l'osservazione non sarebbe conferente; tuttavia la sentenza viene poi richiamata in quelle più recenti ma senza tener conto del significato attribuito all'espressione dalla Corte stessa nel nuovo quadro costituzionale.

<sup>96</sup> Sulla facoltà delle Regioni di adottare nell'esercizio delle loro competenze legislative norme di tutela più elevate non solo in materia di caccia *ex plurimis*, sentenze n. 7 del 2019, n. 215 del 2018, n. 77 del 2017, n. 58 del 2015, n. 278 del 2012, n. 30 del 2009, n. 104 del 2008, n. 246 del 2006 e n. 407 del 2002.

La seconda criticità, di portata più ampia, si annida nell'individuazione di quale sia poi l'effettiva fonte di legittimazione nell'esercizio delle competenze legislative regionali di cui, il caso delle specie cacciabili, è un esempio evidente.

La Corte nel legittimare l'esercizio di competenze legislative regionali richiede come presupposto costituzionale la presenza di un interesse funzionalmente collegato con quello della protezione dell'ambiente<sup>97</sup> fondato sulle materie concorrenti o residuali; tuttavia sembra poi restia a riconoscere una possibile piena legittimazione regionale in tutela dell'ambiente (la dottrina ha parlato in questo caso di "competenza indiretta"<sup>98</sup>); la possibile regolazione regionale *in melius* viene quindi vista come espressione della competenza regionale funzionalmente collegata.

Tuttavia, al sussistere del presupposto costituzionale, come nel caso della caccia, sembra poi difficile negare che l'intervento regionale non sia poi inquadrabile nell'ambito della competenza statale di cui la maggior tutela è effettiva espressione<sup>99</sup>. In altre parole, la legge piemontese, aumentando le specie non cacciabili, sembra rappresentare più esercizio di una propria (diretta) competenza regionale in protezione della fauna (*rectius* tutela dell'ambiente e dell'ecosistema) che di quella (indiretta) residuale in materia di caccia.

---

<sup>97</sup> *Ex plurimis*, sent. n. 129 del 2019, n. 215, n. 151 e n. 150 del 2018, n. 85 del 2017, n. 180, n. 149 e n. 58 del 2015, n. 67 del 2014, n. 314, n. 249, n. 225 e n. 164 del 2009, n. 437 e n. 62 del 2008, n. 378 del 2007 e n. 536 del 2002

<sup>98</sup> M. CECCHETTI, *La materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *federalismi.it*, n. 7 del 08.04.2009

<sup>99</sup> In tal senso M. CECCHETTI, *cit.* che così afferma «... difficilmente si potrebbe continuare a ritenere che le Regioni dispongano, in via generale, di una potestà legislativa ambientale soltanto "indiretta" in quanto fondata su titoli di competenza afferenti a materie diverse dalla tutela dell'ambiente. Infatti, se si ritiene che le Regioni possano introdurre misure di tutela dell'ambiente più rigorose, anche in assenza di una esplicita abilitazione in tal senso del legislatore statale, l'alternativa è radicale: o tale potere di deroga degli standard statali si ritiene riconducibile alla stessa materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» in termini di residualità rispetto alla potestà legislativa statale che è servita per la definizione degli standard stessi, oppure, qualora il medesimo potere di deroga fosse ricondotto, di volta in volta, alla competenza relativa a materie diverse, allora anche la competenza statale a fissare gli standard uniformi risulterebbe paradossalmente da ricondurre alle suddette "materie extrambientali", con il risultato però di rendere del tutto priva di contenuto la competenza nella materia della "tutela dell'ambiente"»; cfr anche P. CARETTI - V. BONCINELLI, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, *op. cit.*, p. 5200; M. MICHETTI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, *op. cit.*, p. 1924

# IL PRINCIPIO DI SOSTENIBILITÀ.

## “Giuridicizzazione” e progressiva espansione nei sistemi giuridici contemporanei e nell’ordinamento costituzionale italiano\*.

**Daniele Porena**

*Professore Associato di Istituzioni di Diritto pubblico  
Università degli Studi di Perugia*

**ABSTRACT** [ITA]: Il contributo si prefigge lo scopo di analizzare il principio di sostenibilità. Da enunciazione di tipo essenzialmente politico, il concetto di sostenibilità si è evoluto, nel tempo, fino a configurare autentico principio giuridico nel diritto internazionale e in quello interno di numerosi ordinamenti giuridici contemporanei. Il saggio si sofferma ad analizzare lo sviluppo del principio nell’ordinamento interno italiano e, particolarmente, il suo sviluppo a livello costituzionale.

**ABSTRACT** [ENG]: *The essay aims to analyze the principle of sustainability. From a political statement, the concept of sustainability has evolved, over the time, to an authentic legal principle in international law and in the internal law of numerous contemporary legal systems. The essay analyzes the development of the principle in the Italian internal system and, in particular, its development at the constitutional level.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. Il principio dello sviluppo sostenibile nella teoria della Giustizia. – **2.** Il diritto pubblico e le materie della sostenibilità.

---

\* Contributo destinato alla pubblicazione nel volume a cura di Mauro Pennasilico dal titolo “La “sostenibilità” nell’esperienza giuridica contemporanea”.

## 1. Introduzione. Il principio dello sviluppo sostenibile nella teoria della Giustizia.

Lo scopo del presente contributo è quello di svolgere alcune riflessioni sulla evoluzione del principio di sostenibilità in ambito costituzionalistico e, in generale, nelle discipline del diritto pubblico.

In particolare, l'obiettivo è quello di evidenziare come il predetto principio, in origine confinato in un'area essenzialmente pre-giuridica, sia nel tempo permeato all'interno degli ordinamenti ed abbia finito, peraltro, per coinvolgere aree della regolazione ben più ampie rispetto al solo diritto dell'ambiente.

Qualche cenno, invero, sembra rendersi indispensabile anche al diritto internazionale, nel quadro del quale, come noto, il principio di cui si discute ha trovato la sua prima gemmazione nonché, ancora, ad alcuni essenziali approdi raggiunti dalla teoria della Giustizia: anche da quest'area del sapere gius-filosofico giungono infatti elementi e prospettive utili ad una migliore concettualizzazione del principio nell'ambito delle discipline giuridiche.

Come noto, è nell'area del diritto ambientale internazionale che, in passato, si sono mossi i primi passi lungo l'affermazione e la codificazione del principio di sostenibilità.

A questo proposito, non occorrerà ricordare come il primo testo importante che si dette carico di codificare il principio fu il Rapporto *Brundtland*, elaborato nel 1987<sup>1</sup> e successivamente rifluito all'interno degli atti conclusivi della Conferenza di Rio de Janeiro del 1992<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il riferimento è al documento dal titolo "Our Common Future" adottato il 20 marzo del 1987 dalla *World Commission on Environment and Development* presieduta da Gro Harlem Brundtland. Il documento, oltre ad offrire una prima definizione di sviluppo sostenibile, ha chiarito anche i principali fattori che sono alla base del principio. Sotto questo profilo, assai significativo, tra gli altri, è il riferimento al concetto in base al quale il perseguimento di uno modello di sviluppo sostenibile è strettamente legato anche alle dinamiche di crescita della popolazione e che, pertanto, l'obiettivo della sostenibilità risulta più agevolmente perseguibile quando le grandezze demografiche sono stabilizzate a livelli coerenti con le capacità produttive dell'ecosistema.

<sup>2</sup> Gli esiti della Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 hanno prodotto una vasta eco nella letteratura giuridica dedicata al tema. Tra gli altri, si rinvia a S. MARCHISIO, *Gli atti di Rio de Janeiro nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. internaz.*, p. 582 ss.; L. PINESCHI, *La Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo*, in *Riv. giur. amb.*, 1992, p. 705 ss.; T. TREVES, *Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio*, in *Riv. giur. amb.*, 1993, p. 577 ss.; P. SOAVE, *Lo sviluppo sostenibile nella prospettiva dell'Agenda 21. Programma d'azione lanciato alla Conferenza di Rio de Janeiro*, in *Riv. giur. amb.*, 1993, p. 103 ss.

La descrizione che all'epoca fu data del principio in esame finì, in effetti, per rappresentare una delle pietre angolari poste alla base delle successive elaborazioni del concetto di sostenibilità.

Posto quale regola programmatica per lo sviluppo economico, il principio di sostenibilità si affermò secondo la nota descrizione secondo cui lo sviluppo economico sarebbe sostenibile laddove permetta la soddisfazione dei bisogni delle generazioni presenti senza tuttavia, con ciò, compromettere quelli delle generazioni future<sup>3</sup>.

La dimensione etica del principio, da subito, si scontrò dunque con il tema – delicato per i giuristi – dei *rapporti intergenerazionali*.

Tema delicato, come detto, poiché introduce una serie di argomentazioni tutt'altro che prive di insidie: dalla possibilità di identificare un rapporto o un bilanciamento di interessi – in qualche modo giuridicamente definibile<sup>4</sup> – tra generazioni presenti e generazioni future, sino al tema dei “diritti” delle generazioni future<sup>5</sup>.

Ad oggi, malgrado non manchino voci critiche in direzione della stessa possibilità di identificare un nucleo di diritti in capo alle comunità venture, il diritto internazionale e la dottrina giuridica sembrano, in certa parte, orientate a collocare questo gruppo di posizioni all'interno della concettualità dei diritti fondamentali di

<sup>3</sup> Nel tempo, si sono aggiunte ulteriori definizioni del principio che, tuttavia, non sembrano aver tradito l'idea iniziale. Tra queste, si ricordi quella offerta nel Preambolo della Dichiarazione di principi sul diritto internazionale relativa allo sviluppo sostenibile adottata dall'*International Law Association*, secondo la quale «*the objective of sustainable development involves a comprehensive and integrated approach to economic, social and political processes, which aims at the sustainable use of natural resources of the Earth and the protection of the environment on which nature and human life as well as social and economic development depend and which seeks to realize the right of all human beings to an adequate living standard on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom, with due regard to the needs and interests of future generations*».

<sup>4</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Generazioni future, spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, p. 426, che «il raffronto che viene proposto dalla teoria qui in esame è tra ciò che è generato (la generazione presente) e ciò che è generabile (le generazioni future), ma proprio la diversità tra generato e generabile rende impossibile la proposizione di quel raffronto nella forma del bilanciamento in senso proprio. Bilanciare, invero, si può solo a condizione che i termini del bilanciamento siano omogenei: così come non si bilancia, ad esempio, tra beni costituzionali e beni sub-costituzionali (sicché l'ordine dei loro rapporti è determinabile, semmai, secondo i principi di proporzionalità e non eccessività), così non si può bilanciare tra interessi di un soggetto in atto e interessi di soggetti in potenza, non foss'altro perché la potenza potrebbe anche non trasformarsi mai in atto».

<sup>5</sup> Come osserva R. BIFULCO, *Futuro e Costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità verso le generazioni future*, in A. TARANTINO – R. CORSANO (a cura di), *Diritti umani, biopolitica e globalizzazione*, Milano, 2006, p. 54, «è ben chiaro a tutti coloro che hanno affrontato o sfiorato il tema delle generazioni future dal punto di vista giuridico che le maggiori difficoltà alla sua sistemazione sono legate alla titolarità e alla azionabilità dei diritti delle generazioni future».

quarta generazione e che, come tali, sarebbero succeduti alle prime e più note generazioni di diritti<sup>6</sup>.

Il diritto internazionale, in particolare, in numerose sedi ed occasioni<sup>7</sup> si è fatto carico di enunciare e rappresentare un nucleo essenziale di posizioni giuridicamente rilevanti che richiedono di essere riconosciute e tutelate anche in favore delle generazioni venture. Ma, in generale, è la stessa tematica dei diritti fondamentali – inviolabili, universali, indivisibili, interdipendenti, intertemporali e, dunque, anche *intergenerazionali* – a contenere in se stessa la caratteristica saliente che si riverbera nel principio di sostenibilità<sup>8</sup>.

La correlazione tra sostenibilità e bisogni essenziali<sup>9</sup> della persona permette, inoltre, di aggirare tutta una serie di ostacoli concettuali – dalla “non identità” delle

<sup>6</sup> Come osserva M. MANDARA, Informazioni, in P. CEDON (a cura di), Trattato dei nuovi danni, Volume 5, Informazioni erronee. Soggetti deboli. Illeciti informatici. Danni ambientali, Padova, 2011, p. 140, già a cavallo tra gli anni '80 e '90 gli interessi della letteratura giuridica furono in parte polarizzati lungo l'identificazione di un novero di “nuovi diritti” fondamentali: si assistette, così, al fiorire di «”nuovi diritti” – più esattamente qualificati di terza generazione come i diritti di solidarietà, allo sviluppo, alla pace internazionale, a un ambiente protetto, alla comunicazione ovvero di quarta generazione come i diritti delle generazioni future (...)». Ancora, ricordato in V. PARISIO (a cura di), Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali: profili amministrativistici, Milano, 2009, p. 76, «oggi la necessità di tutelare i diritti delle generazioni future (o il dovere di tutelare l'ambiente in modo che possa essere fruito anche da quelli che verranno dopo di noi è pacificamente riconosciuta in numerosissimi testi normativi di vari livelli ordinamentali».

<sup>7</sup> Si ricordino, tra gli altri, il Preambolo alla Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano rispetto all'utilizzazione della biologia e della medicina, sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997, il Preambolo alla Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti nei confronti delle generazioni future adottata dall'Unesco il 12 novembre 1997 o, ancora, il Preambolo alla Dichiarazione sui principi direttivi sullo sviluppo sostenibile approvata in occasione del Consiglio europeo tenuto a Bruxelles il 16 e 17 giugno 2005.

<sup>8</sup> Cfr. A. SPADARO, L'amore dei lontani: universalità ed intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008, p. 94, secondo cui l'orientamento secondo cui i diritti fondamentali non appartengano solo all'attuale generazione dei viventi è oggi consolidato al punto da apparire quasi “assiomatico”. Ancora, cfr. R. BIFULCO, Futuro e Costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità verso le generazioni future, in Studi in onore di G. Ferrara, Torino, 2005, I, p. 305, secondo cui dal carattere universale dei diritti fondamentali emergerebbe anche una loro consistenza tale da cogliere non solo sul piano sincronico ma, anche, in senso diacronico così da estendere i margini di protezione all'«uomo in generale, presente e futuro».

<sup>9</sup> Sotto questo profilo, meritano di essere ricordate le parole di G. PALOMBELLA, *Ragioni di giustizia, diritti e generazioni future*, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, p. 13, laddove l'Autore osserva che «la questione diviene invece semplicemente se esseri umani, non diversamente da noi, abbiano diritto alle elementari condizioni di sopravvivenza e di dignità, le stesse che sembrano duramente compromesse dalle nostre più voluttuarie scelte. Se tali diritti si diano, se individui futuri abbiano o no diritti connessi alla loro essenziale umanità su questo pianeta, se siano inviolabili, e se noi siamo in grado di violare i diritti umani di individui futuri, questa è dunque la questione; oppure se, al contrario, possiamo solo ipotizzare alcuni più o meno generali doveri dei viventi (...)». E, ancora, laddove si evidenzia che con riferimento alle principali minacce alle quali l'umanità è esposta «non dovrebbe esserci dubbio che gli interessi di individui futuri siano identificabili in linea di principio, perché la loro natura essenziale precede l'esercizio della facoltà di scelta». Cfr. B. CARAVITA,

generazioni future fino alla imprevedibilità dei loro bisogni – che pure si erano addensati lungo il cammino giuridico della sostenibilità.

La costruzione delle identità future – forgiate sempre e comunque sulla base delle identità e delle scelte operate nell'oggi, come sostiene Parfit<sup>10</sup> – non impedisce infatti di reperire anche in capo agli individui futuri, chiunque essi siano e comunque ne siano forgiati i modi di essere, la necessità di tutelarne i bisogni essenziali.

Parimenti, l'impossibilità pratica di descrivere preferenze ed interessi delle generazioni future (e, dunque, ciò che si tradurrebbe – secondo gli appetiti del domani - in *diritti*) – non sembra invero arrivare a privare le generazioni future del loro diritto alla vita (in tutte le sue declinazioni possibili, dalla salute alla salubrità ambientale) o del loro diritto alla libertà<sup>11</sup>.

Ancora, in questo quadro, non sembra possibile riservare alle sole generazioni viventi quello che, secondo una seducente espressione, è stato descritto come il *diritto ad avere diritti*<sup>12</sup>: la dignità stessa della persona e la conservazione di adeguate *chances di vita*<sup>13</sup>.

*Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, p. 73, il quale richiama alla necessità «che ci sia eguale dignità per tutti gli uomini, eguale possibilità (reale) di godere dei diritti (quali essi siano sarà poi il giudizio storico e la sua positizzazione a stabilirlo), garanzia che le condizioni dell'esistenza non precipitino mai al di sotto di un certo standard: questo richiede il principio di uguaglianza sostanziale (...)».

<sup>10</sup> «Ciascuno di noi è venuto al mondo a partire da particolare coppia di cellule. Tale coppia è costituita da un ovulo e dallo spermatozoo che, tra milioni di altri spermatozoi che avrebbero potuto farlo, l'ha fecondato. Supponiamo che mia madre non avesse concepito un bambino nel momento in cui, di fatto, ha concepito me ma l'avesse concepito solo qualche secondo dopo o qualche secondo prima, quasi certamente sarebbe stato il frutto di uno spermatozoo diverso». Dunque, «se una persona particolare non fosse stata concepita quando di fatto è stata concepita sarebbe vero, di fatto, che essa non sarebbe mai esistita». D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984, p. 447 ss. e, ancora, «il sacrificio imposto al bambino non può essere compensato dai benefici arrecati al suo io adulto», poiché «la compensazione presuppone l'identità personale», *ibidem*, p. 351 ss.

<sup>11</sup> Cfr. P. MAZZINA, *Quali strumenti per tutelare le generazioni future*, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, p. 364, laddove l'Autrice osserva che «una sorta di proiezione verso il futuro emerge anche dall'art. 3, 2° co. Cost., nella parte in cui stabilisce che la Repubblica è chiamata a rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono agli individui di godere dei diritti fondamentali, necessari – aggiungiamo – per lo sviluppo della persona (art. 2): un connubio, quello tra il principio personalista e il dovere di solidarietà che definisce un progetto di società dinamico, proiettato verso il futuro e il progresso».

<sup>12</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Bari, 2012, p. 158. Val la pena, poi, senz'altro ricordare che «l'uomo è sempre un essere razionale e morale, al quale possono perciò sempre competere de' diritti», così A. ROSMINI-SERBATI, *Filosofia del diritto*, I, Padova, 1967, p. 35 ss.

<sup>13</sup> A questo proposito, occorre ricordare quanto osservato da R. DAHRENDORF, *La Libertà che cambia*, Bari, 1994, p. 36 ss., secondo cui «la fondamentale debolezza del termine benessere sta proprio nella sua forza: è un concetto empirico e non analitico, che perciò non può essere usato né come elemento di una teoria sociale della trasformazione né come elemento di una teoria politica della libertà. (...) La massimizzazione della funzione del benessere può essere oltremodo desiderabile, ma essa descrive solo quello che può essere fatto con il presupposto di determinate ipotesi e possibilità di una data struttura sociale». Al contrario del concetto di benessere, quello di *chances di vita* – che per Dahrendorf rappresentano occasioni per l'agire individuale che

D'altronde, se vi è accordo sul fatto che il diritto non rappresenta solo garanzia di interessi (dunque, in qualche modo, emersi o tangibili), se si esclude che il diritto possa essere ricostruito solo ed unicamente lungo la prospettiva "brutalmente" benthamita dell'utilitarismo classico<sup>14</sup>, è la dimensione deontica del diritto – quella cioè fatta propria dall'imperativo categorico<sup>15</sup> – che esclude, in effetti, la necessità di un rapporto distributivo e corrispettivo di dare-avere tra soggetti contestualmente in essere. In altri termini, è la stessa teorica dei diritti fondamentali che arriva a spezzare il legame apparentemente indissolubile tra diritto e dovere, arrivando a sganciare il dovere dalla necessità irrinunciabile di un correlativo diritto<sup>16</sup> e codificando dunque quest'ultimo anche in favore di chi, in effetti, non è nella possibilità di invocare la tutela in quanto non ancora nemmeno venuto in essere come persona.

La teoria della Giustizia, anche in epoche più recenti, ha dunque fornito argomenti piuttosto solidi in favore della responsabilità intergenerazionale: probabilmente, gli approdi più convincenti sono quelli rivolti ad allacciare il ragionamento al tema dei doveri, piuttosto che a quello dei diritti<sup>17</sup>.

nascono dal rapporto reciproco tra scelte e appartenenze comunitarie – è «analitico, non legato ad una determinata società ma storico nella sua qualità, utile ugualmente per una scienza sociale teorica e per una teoria politica, che ci mette in condizione di disporre di quello che noi abbiamo definito diverse volte come obbiettivo del processo sociale o anche scopo della società e che potrebbe avere persino una indubitabile importanza per quell'affascinante territorio, proibito ma sconfinato, che è il senso della storia».

<sup>14</sup> Cfr. E. BERTI, *Attualità dei diritti umani*, in *Ars interpretandi*, 2001, p. 83, il quale osserva come «una possibile alternativa al comunitarismo è rappresentata, secondo alcuni, dall'utilitarismo, cioè dall'etica che assume come criterio di valutazione dei vari comportamenti la possibilità di garantire la massima felicità realizzabile al maggior numero di persone. È stato tuttavia osservato, a mio avviso con ragione, che questo criterio si fonda sostanzialmente sulla reciprocità, cioè sullo scambio, e quindi non è applicabile, ad esempio, alle generazioni future, rivelandosi in tal modo incapace di fondare un'etica dell'ambiente».

<sup>15</sup> Il riferimento, ovviamente, è a quelle teorie etiche di impronta kantiana che si caratterizzano, appunto, per il loro essere deontologiche e non teleologiche: sul piano etico l'azione si qualifica nei termini della sua doverosità razionale anziché su quello delle conseguenze e dei risultati che determina. Osserva U. POMARICI, *Generazioni future, identità personale, umanità*, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, p. 142 che «già la dottrina pura del diritto di Kelsen ponendo innanzitutto il diritto oggettivo – e quindi l'obbligo – come fonte del diritto soggettivo, ne incrinava ogni sostanza funzionalizzandolo in un'autorizzazione "a volere che venga eseguita la sanzione che quella norma prevede per il caso della sua violazione"».

<sup>16</sup> Una energica contestazione alla necessaria correlazione tra la nozione di diritto e quella di dovere fu sollevata da S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 91, secondo il quale «non sempre (e taluno vorrebbe dir mai) diritto e dovere sono due termini veramente correlativi e si è specialmente insistito sulla esistenza di doveri ai quali non corrisponderebbero diritti, il che avrebbe già dovuto rendere evidente la reciproca indipendenza dei due concetti».

<sup>17</sup> In ogni caso, come emerge in letteratura, entrambe le categorie finiscono per offrire valido terreno di aggancio ad una teorica delle "responsabilità verso" e dei "diritti delle" future generazioni. Secondo P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, p. 115, un dovere di protezione dei diritti fondamentali delle generazioni venturose nascerebbe dalla constatazione secondo cui

In altri termini, la sostenibilità – più che substrato teorico su cui fondare veri e propri diritti in capo alle generazioni future – più agevolmente sembrerebbe rifluire nel quadro dei doveri posti in capo alle generazioni presenti<sup>18</sup>. Sul punto sembrerebbero rintracciarsi, in effetti, assai meno resistenze di quante se ne intravedano nel ricondurre il concetto al tema dei diritti delle generazioni future.

L'apporto teorico e la codificazione giuridica internazionale rappresentano dunque, ormai, un terreno solido sul quale collocare il ragionamento sulla sostenibilità.

La constatazione sembra confermata anche dalla fase di espansione che il concetto di sostenibilità ha vissuto negli ultimi anni.

## 2. Il diritto pubblico e le materie della sostenibilità.

Come detto, in origine, di sostenibilità si parlava soltanto o prevalentemente nell'ambito del diritto ambientale<sup>19</sup>.

D'altronde, in un'ottica capace di ricondurre nel concetto di ambiente la gran parte delle risorse cui sono riconducibili i bisogni dell'uomo, sembrò naturale che la preoccupazione guadagnasse un certo spazio proprio in quel settore della regolamentazione.

Negli anni, tuttavia, la percezione della sostenibilità si è progressivamente affinata arrivando a raggiungere la gran parte degli ambiti dell'organizzazione degli Stati.

---

«l'umanità universale abbraccia anche le generazioni future, posteriori. L'imperativo categorico di Kant deve essere esteso, con H. Jonas (*Il principio di responsabilità*), anche ai posteri». Cfr. H. HOFFMAN, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. Filosofia del diritto*, 1999, p. 621 ss. Secondo quanto sostenuto da Martha C. Nussbaum, il richiamo alla necessità che i diritti fondamentali trovino protezione anche in relazione alle generazioni future è legato alla finalità stessa di tali diritti, orientata a garantire la piena realizzazione della personalità di ciascun individuo, Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Capabilities and Human Rights*, in *Fordham Law Review*, 1977, p. 273 ss.

<sup>18</sup> Non può farsi a meno di ricordare, in proposito, quanto osservato da Hans Jonas, secondo cui «pretese può avere soltanto ciò che avanza pretese, ciò che è. Il non esistente però non solleva nessuna pretesa e perciò non può nemmeno subire una violazione dei suoi diritti. Può avere dei diritti se esiste, ma non li ha già soltanto in vista della possibilità di esistere (...). Ma proprio con il non ancora esistente ha a che fare l'etica di cui siamo alla ricerca: il suo principio di responsabilità deve essere indipendente sia da ogni idea di diritto sia da quella di reciprocità», H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la società tecnologica*, Torino, 2002, p. 49 ss.

<sup>19</sup> In luogo di un'assai lunga elencazione di testi, riferimenti, codici, trattati e norme regolatrici intervenute nel disciplinare il posizionamento del principio dello sviluppo sostenibile nel quadro della normazione ambientale, sia consentito un più breve rinvio alle sintesi variamente illustrate in D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017 ed in D. PORENA, *La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e «Costituzione globale»*, Torino, 2009.

Dalla previdenza (dove il concetto, peraltro, già appariva in vario modo collaudato)<sup>20</sup>, sino all'organizzazione della sanità<sup>21</sup>. Dall'organizzazione del territorio (e delle attività edilizie)<sup>22</sup> fino alla regolare "tenuta" – in generale - dei conti pubblici.

Si pensi, a quest'ultimo proposto, alle profonde implicazioni etiche che l'assunzione di strabordanti posizioni debitorie in capo agli Stati pone rispetto a chi, un domani, sarà chiamato a "pagare il conto"<sup>23</sup>.

Di recente, la dottrina ha introdotto, nella chiave della sostenibilità, anche l'importante tematica del mercato e delle sue regole<sup>24</sup>. Un ambito, questo, che non può certo essere ignorato anche nel quadro giuspubblicistico: nel quadro cioè che - tramite gli ordinamenti sezionali ed il fiorire di autorità indipendenti - è chiamato a concorrere, a fianco al diritto privato, alla sana ed equilibrata evoluzione dei mercati.

Questioni di sostenibilità (e correlate questioni di giustizia intergenerazionale) occupano oramai da tempo, dunque, il terreno più praticato del diritto pubblico.

D'altronde, non sembra un caso – come di recente evidenziato in dottrina - che in ben 53 testi costituzionali risultino utilizzate le espressioni "sostenibilità",

<sup>20</sup> Nell'ambito del settore previdenziale, il principio della ripartizione «si sostanzia nell'utilizzazione del flusso corrente di contributi previdenziali (prelevati via via ai lavoratori) per il pagamento delle pensioni, il ché realizza una forma di solidarietà intergenerazionale», così in G. AMOROSO-V. DI CERBO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro: La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Milano, 2013, p. 2510.

<sup>21</sup> In generale, come ricorda F. CANNATA, *L'eguaglianza nella previdenza di genere*, Milano, 2014, p. 19, «uno dei rischi più temuti è che lo squilibrio demografico determini una maggiore pressione fiscale necessaria a finanziare la spesa pensionistica e sanitaria e che la riduzione della popolazione potenzialmente attiva, vada a provocare un calo del reddito e dei consumi pro capite».

<sup>22</sup> Sul punto, non può evidentemente sottacersi l'impatto che, sia nel medio che nel lungo periodo è causato sul territorio da interventi infrastrutturali, da insediamenti urbanistici e produttivi e, in generale, da ogni intervento idoneo a produrre modificazioni alla conformazione del territorio stesso.

<sup>23</sup> Cfr. R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, XXII, secondo i quali «un debito eccessivo ed incontrollato, nel momento in cui scarica irresponsabilmente oneri economici sulle generazioni successive, sottraendo alla loro discrezionalità decisionale enormi flussi finanziari (in Italia si è arrivati ormai a più di 60 miliardi di euro all'anno come spesa per gli interessi sul debito pubblico), finisce col rappresentare una sorta di tassazione iniqua, perché "without representation" (per usare la celebre formula della Magna Charta), e perché sganciata da qualsiasi presupposto di responsabilità; e così diventa, per quanto possa sembrare paradossale, un pesante ostacolo ad una realizzazione più efficace delle politiche di protezione dei diritti, uno di quegli "ostacoli di ordine economico-sociale" ai quali allude il secondo comma dell'art. 3 della Cost.».

<sup>24</sup> La questione è stata di recente proposta da Enrico Caterini al quale si deve, peraltro, l'Opera dalla quale ha preso avvio il Convegno dal titolo La "sostenibilità" nell'esperienza giuridica contemporanea, Università degli Studi A. Moro di Bari, 14.11.2018 e nell'ambito del quale il presente contributo è stato ospitato in forma di relazione. L'argomento appena lambito in questa sede ha trovato assai più densa e diffusa trattazione in E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, pp. 33 e ss.

“sostenibile” o “sviluppo sostenibile”. E ciò, ormai, tutt’altro che con solo riferimento alla tematica ambientale<sup>25</sup>.

La nostra Costituzione, come noto, ha compiuto un importante passo nella direzione descritta attraverso la revisione del 2012. Malgrado ciò sia avvenuto in gran parte per le pressioni comunitarie ricevute, il nostro ordinamento costituzionale, con la legge costituzionale 1 del 2012<sup>26</sup>, ha finalmente acquisito all’interno del proprio lessico e nell’ambito delicato dell’organizzazione contabile dello Stato e delle pubbliche amministrazioni, il concetto della sostenibilità<sup>27</sup>.

La sostenibilità codificata dalla Costituzione negli artt. 81 e 97 sembra assumere, invero, la valenza e la portata di una regola programmatica<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Il riferimento è alla indagine compiuta da T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, n. 1, 2016.

<sup>26</sup> In letteratura, numerosi sono i contributi offerti in relazione ai principi ed alle regole espresse nella legge costituzionale n. 1/2012. Tra questi, si ricordi M. BERGO, *Pareggio di bilancio “all’italiana”: qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *www.federalismi.it*, 2013; R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell’Unione. A proposito della riforma costituzionale sull’equilibrio di bilancio*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2012; A. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio: effetti sui rapporti Parlamento-Governo e sugli indirizzi delle politiche sociali. Il caso italiano*, in *Rivista telematica dell’Associazione “Gruppo di Pisa”*, 2012; P. CANAPARO, *La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell’articolo 81, il pareggio di bilancio ed il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica*, in *www.federalismi.it*, 2012; M. CECCHETTI, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della seconda parte della Costituzione: profili di controriforma dell’autonomia regionale e locale*, in *www.federalismi.it*, 2012; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell’equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Le Regioni*, n. 1, 2014; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, 2012; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 25.10.2011; D. MORGANTE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in *www.federalismi.it*, 2012; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 2014; G.M. SALERNO, *Equilibrio di bilancio, coordinamento finanziario e autonomie territoriali*, in *Costituzione e pareggio di bilancio, Il Filangieri, Quaderno 2011*, 2012; C. TUCCIARELLI, *Pareggio di bilancio e federalismo fiscale*, in *Quad. cost.*, 2012.

<sup>27</sup> Peraltro, come osservato da M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell’autonomia negoziale*, in *Riv. quad. Dir. ambiente*, 1/2017, p. 9, «la “costituzionalizzazione” esplicita dello sviluppo sostenibile non è l’unica strada per sancire l’incidenza del principio sulle dinamiche dei rapporti civili. In realtà, l’integrazione tra principi normativi di fonte sovranazionale e diritto interno, che si desume dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., apre il varco alla penetrazione di quei principi non soltanto nella sfera del potere pubblico, ma anche nel tessuto dell’autonomia privata».

<sup>28</sup> La distinzione tra norme precettive e norme programmatiche è stata assai ampiamente indagata in dottrina. Si veda, tra gli altri, quanto sostenuto da G. AZZARITI, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, p. 102; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952. Si ricordi, ancora, quanto di recente sottolineato da R. GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Milano, 2010, p. 164, secondo cui «le dichiarazioni di diritti, i principi e le norme programmatiche sono intese a disciplinare precisamente l’esercizio dei poteri pubblici (...); lo stesso Autore ricorda anche, in ogni caso, che «le disposizioni c.d. programmatiche di cui sono affollate le costituzioni contemporanee si atteggiano non già a comandi, quanto piuttosto a raccomandazioni rivolte al legislatore, stante la difficoltà di sanzionare le omissioni legislative».

Tra i temi centrali affrontati dalla revisione costituzionale vi è, in particolare, quello del debito pubblico<sup>29</sup>.

Come evidenziato in letteratura, vi è la tendenza - da parte di giuristi, politologi ed economisti - a distinguere un debito "buono", quello cioè via via accumulato per la spesa in conto capitale, da un debito "cattivo" e cioè quello che le amministrazioni accumulano per sostenere la spesa corrente<sup>30</sup>.

In altri termini, il debito contratto per la spesa in conto capitale, essendo rivolto a nuovi investimenti, avrebbe quale effetto per le generazioni future non solo quello di pagare il conto, ma anche quello di godere e disporre dei beni prodotti dall'investimento pubblico.

Viceversa, la spesa in conto corrente, salvo che nelle fasi di contrazione economica e di correlata riduzione del gettito, assume - in effetti - il connotato tipico di una manifestazione di "egoismo" intergenerazionale. In altre parole, ci si alza lo stipendio e si attende poi che la differenza sia colmata non dalla fiscalità attuale ma, più avanti, dalle generazioni venture.

La distinzione sembrerebbe aver mosso alcuni primi intendimenti alla base del secondo comma dell'art. 81. Ciò, in particolare, laddove la norma dispone che il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di *eventi eccezionali*.

---

<sup>29</sup> In particolare, dispone il nuovo sesto comma dell'art. 81 Cost. che «il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale». Ancora, il nuovo primo comma dell'art. 97 Cost. dispone che «le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

<sup>30</sup> Il tema, da ultimo affrontato anche da E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, pp. 51 e ss. rappresenta ormai un terreno di confronto "classico" tra economisti e tra giuristi. Cfr. J.M. BUCHANAN- R.E. WAGNER, *La democrazia in deficit. L'eredità politica di Lord Keynes*, (ed. a cura di D. DA EMPOLI, Roma, 1997), p. 32 ss. «il ricorso al prestito, all'emissione di debiti, deve essere limitato o a quelle situazioni in cui i bisogni di spesa sono concentrati nel tempo, a causa o di circostanze straordinarie come emergenze naturali o disastri, o quelle necessità di spesa, riunite in un unico momento, tipiche di un programma di investimento in conto capitale. (...) Guidato da questo principio di responsabilità fiscale un Governo può, ad esempio, emettere debito pubblico per costruire una strada o un sistema di autostrade, ammesso che tale debito sia restituito durante gli anni in cui si prevede che generi benefici o rendimenti ai cittadini. Considerazioni simili sono alla base della distinzione tra spese correnti e spese in conto capitale che caratterizza i bilanci statali, con l'implicazione che i principi di finanziamento sono diversi a seconda della classe di spesa. Tali norme incorporano la nozione che soltanto la prospettiva di benefici generati in periodi successivi alla spesa rende legittimo proporre o dilazionarne i costi».

Gli eventi eccezionali – *il va sans dir* - nulla avrebbero a che vedere con la spesa corrente<sup>31</sup>. Ancora, il riferimento al ciclo economico (in considerazione del quale è possibile il ricorso all'indebitamento) sembra, in effetti, suggerire l'idea che l'indebitamento possa rappresentare – ed unicamente in quest'ottica essere autorizzato – solo il rimedio al mancato gettito prodotto in periodi di contrazione economica.

Tuttavia, sembra che altre Costituzioni abbiano descritto la regola in termini assai più stringenti.

Un esempio, in questo senso, è offerto dall'art. 115 della *Grundgesets* che, con germanica perentorietà, dispone che i limiti ordinari all'indebitamento possono essere superati solo “*in caso di catastrofi naturali o di straordinarie situazioni di emergenza che sfuggano al controllo dello Stato e compromettano in modo rilevante le finanze statali*”; lo sfioramento, inoltre, deve essere collegato a un piano di ammortamento<sup>32</sup>.

Indubbiamente, il solo riferimento al ciclo economico e ad eventi eccezionali, come introdotto dalla nostra Costituzione, sembra per certi versi ricordare quei casi “straordinari di necessità e di urgenza” che il nostro art. 77 porrebbe quale argine alla decretazione di urgenza ma che non ha impedito, negli anni, che con decreto-legge si disciplinassero situazioni obiettivamente prive dei predetti requisiti.

Né, d'altronde, la norma di cui all'art. 81 secondo comma appare stringente al punto tale da consentire interventi così affilati da parte della Corte costituzionale. Il giudizio di legittimità, per quanto sofisticate siano le tecniche attraverso le quali la

---

<sup>31</sup> Sul punto, in ogni caso, ulteriore chiarezza – ove mai ce fosse stato bisogno – è stata fatta ad opera della legge 243 del 2012 recante *Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione*. Ai sensi dell'art. 6 della predetta legge, per ‘eventi eccezionali’ si intendono quelli integrati da periodi di grave recessione economica relativi anche all'area dell'euro o all'intera Unione europea ovvero, ancora, eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, ivi incluse le gravi crisi finanziarie nonché le gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del Paese.

<sup>32</sup> In precedenza, la “*golden rule*” iscritta all'art. 115 GG ancorava, in estrema sintesi, i limiti all'indebitamento alle spese per investimenti. Ed infatti, prima delle più recenti revisioni apportate nel 2006 e nel 2009, la norma stabiliva che «l'assunzione di prestiti, così come quella di fidejussioni, o malleverie, o simili garanzie, che possano comportare spese per i successivi anni finanziari, necessitano di un'autorizzazione certa, o accertabile in relazione all'importo, da concedersi con legge federale. Le entrate provenienti da prestiti non possono superare la somma delle spese previste nel bilancio per gli investimenti. Eccezioni sono ammissibili solo per eliminare distorsioni dell'equilibrio economico generale (...)». Sui percorsi che hanno guidato le più recenti revisioni costituzionali in materia, si veda quanto osservato da R. BIFULCO, *Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo*, in R. BIFULCO-O. ROSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, 2013, p. 142 ss.

Corte lo ha reso, nel tempo, sempre più penetrante, non consente – in ogni caso – di sfociare in apprezzamenti di merito quali sarebbero lo stabilire quale sia un evento eccezionale e quale invece no<sup>33</sup>.

Di certo, la codificazione dell'evento eccezionale corrisponde alla necessità di oggettivare la ragione, specifica e fattuale, in presenza della quale può essere consentito il ricorso all'indebitamento. Tuttavia, in un'epoca di instabilità economica dell'industria, di "volatilità" finanziaria dei mercati e in un territorio, quello della Repubblica, assai sovente funestato da problematiche sismiche ed idrogeologiche<sup>34</sup> (per non parlare poi della "perenne emergenza" legata ai flussi migratori<sup>35</sup>), l'evento eccezionale ben può finire per rappresentare una evenienza quotidiana.

Ancora, l'ancoraggio della decisione sul debito all'autorizzazione della maggioranza assoluta dei membri di ciascuna camera non pare dotare la scelta di un presidio particolarmente irresistibile: ciò tenuto conto del fatto che la maggioranza assoluta altro non rappresenta che la maggioranza politica risultata vincitrice, di volta in volta, nella competizione elettorale.

La differenza, tra spesa in conto corrente e spesa in conto capitale, sembra rimanere – in realtà - opacamente lumeggiata solo sullo sfondo delle intenzioni iniziali.

D'altronde, che la norma finisca, invero, per non riflettere tale distinzione, emergerebbe anche dal fatto che il ricorso all'indebitamento sarebbe, a priori, escluso per le spese per investimenti (e che, di certo anch'essi, non possono essere collocati nel novero degli eventi eccezionali)<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Il parallelo adombrato con la vicenda del sindacato di costituzionalità per difetto dei requisiti di necessità ed urgenza del decreto-legge si fonda, in sostanza, nel perimetro che tipicamente contraddistingue il giudizio di legittimità rispetto a differenti valutazioni che, viceversa, sfocerebbero nel merito. Si ricordi, in proposito, quanto osservato da A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), «al fondo di questa ritrosia, non può che essere richiamata la tradizionale cautela con cui la Corte costituzionale ha preso in esame i gangli nodali del rapporto Parlamento - Governo in tema di fonti. Come ben noto, i parametri degli artt. 76 e 77 Cost sono sempre stati utilizzati con grande cautela, facendovi ricorso solo nei casi di violazioni assai gravi e/o a lungo ripetute (come proprio la reiterazione), ma preferendo per il resto non interferire su questo profilo del "circuito politico"».

<sup>34</sup> Ovverosia in una fase caratterizzata dalla costante, frequente insorgenza proprio di quelle fenomenologie in qualche modo tipizzate dall'art. 6 della L. 243/2012.

<sup>35</sup> Come osserva E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, p. 70, «(...) il principio di reciprocità deve essere considerato astorico ed anacronistico. In esso è incluso il tema dei flussi migratori, fenomeno né contingente né transitorio. Anche le migrazioni di carattere umanitario devono essere economicamente e socialmente sostenibili per lo stato ospitante».

<sup>36</sup> Sul punto, invero, la norma si mostra per certi aspetti più restrittiva rispetto a quella introdotta dal legislatore costituzionale tedesco. Ed infatti, nell'agganciare alla soglia dello 0,35% del prodotto interno lordo il limite

Il rilievo sembra confermato – *a contrario* – dall’ultimo comma dell’art. 119: nel disciplinare le autonomie finanziarie di regioni, comuni, province e città metropolitane, la norma – in quel caso assai più perentoriamente – dispone che esse possono ricorrere all’indebitamento solo per finanziare spese di investimento<sup>37</sup>.

Insomma, la distinzione concettuale è ben chiara nel testo della Costituzione: tuttavia, essa è rimasta estranea alla materia della finanza statale. Ciò, peraltro, non senza contraddizioni: lo Stato, infatti, potrebbe ricorrere al debito pubblico solo in presenza della evanescente evenienza di “eventi eccezionali” e non già per la spesa di investimento. Le Regioni e le autonomie locali, al contrario, sarebbero libere di assumere impegni finanziari in vista di nuovi investimenti.

Il quadro complessivo che ne emerge appare, dunque, non del tutto coerente.

Ad ogni modo, come detto, la conclusione che sembra potersi trarre dall’esperienza dei primi anni di applicazione della nuova normativa costituzionale (ed anche alla luce della corrente agenda politica italiana, che vorrebbe conciliare una decisa riduzione della imposizione fiscale con nuove ipotesi di spesa tutt’altro che trascurabili)<sup>38</sup> è che alla norma - in definitiva – non possa che essere assegnata altra valenza se non quella di principio programmatico o, comunque, non quella di norma dotata di una sua stringente precettività.

Tuttavia, ciò che sembra aver ugualmente segnato un punto di avanzamento è rappresentato già solo dall’ingresso – ancorché perfettibile – del principio di sostenibilità nel testo della Costituzione.

La circostanza, infatti – ed al di là della precettività o meno della norma<sup>39</sup> – appare rilevante sul piano non trascurabile della stessa interpretazione costituzionale.

all’indebitamento tollerabile, l’art. 115 GG consentirebbe, in effetti, il ricorso al debito pubblico in via ordinaria ed in assenza, dunque, di eventi eccezionali che ne richiedano l’assunzione.

<sup>37</sup> Dispone infatti l’ultimo comma dell’art. 119 che «i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all’indebitamento solo per finanziare spese di investimento, con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l’equilibrio di bilancio. È esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti dagli stessi contratti».

<sup>38</sup> La legge di stabilità in discussione nel momento in cui si scrive, includendo da un lato ipotesi di riduzione del gettito fiscale legate alla introduzione della c.d. *flat tax* e, dall’altro, previsioni di incremento di spesa legate, in parte, alla introduzione del c.d. reddito di cittadinanza, è stata severamente contestata dalle istituzioni europee per l’incremento del deficit (stimato per i prossimi due anni al 2,4%) che comporterebbe in assenza di realistiche previsioni di incremento del prodotto interno lordo.

<sup>39</sup> Si ricordi, in ogni caso, quanto osservato da A. D’ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2012, p. 29 il quale ricorda come dalla norma programmatica ben possa discendere, in alcuni casi, una efficacia precettiva diretta come, ad esempio, avvenuto in relazione all’art. 36, comma 1, Cost. con riguardo all’ampia giurisprudenza lavoristica in materia di retribuzione del lavoratore. Dello stesso avviso sembra A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2014, p. 43, secondo cui le norme programmatiche dispongono di una «efficacia

In particolare, l'affiorare in Costituzione dell'espressione 'sostenibilità' – in uno con concetti ormai consolidati ed istituzionali della teoria generale del diritto – consente di perorare le ragioni di una interpretazione costituzionale sempre più orientata a giudicare la legittimità della norma anche in funzione delle sue fattuali proiezioni, traiettorie e ricadute future<sup>40</sup>.

Lo "sdoganamento" del principio sul piano costituzionale, introduce quindi significativi elementi di riflessione che trascendono il mero perimetro della norma di cui si è detto.

La vocazione alla durevolezza della norma giuridica (generale ed astratta) e, in particolare, la vocazione alla durevolezza delle costituzioni<sup>41</sup> sembra infatti riecheggiare nel richiamo alla sostenibilità.

---

invalidante, poiché possono costituire parametro per un giudizio di legittimità costituzionale di una legge quando questa contenga previsioni che siano evidentemente contrarie al programma enunciato» e, dunque, «se dalle norme programmatiche non è possibile ricavare un obbligo per lo Stato a compiere quegli atti che consentono l'attuazione del programma, certamente è possibile rinvenire in esse un vincolo negativo, nel senso che una previsione opposta rispetto al programma è da considerarsi illegittima». La problematica aveva già trovato una risposta in sede di giurisprudenza costituzionale, già a partire dalla sentenza n. 1 del 1956, laddove la Corte osservò che «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione».

<sup>40</sup> Non si è fatto attendere un significativo intervento, sul punto, da parte della Corte costituzionale. La Consulta, con la sentenza n. 88 del 2014 ha difatti osservato che «l'attuazione dei nuovi principi, e in particolare di quello della sostenibilità del debito pubblico», implichi «una responsabilità che, in attuazione di quelli fondanti di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, *ivi compresi quelli delle generazioni future*».

<sup>41</sup> Sul punto merita di essere ricordato quanto osservato da O. KIRCHHEIMER, *Das Problem der Verfassung* (1929), trad. it. *Il Problema della Costituzione*, in Id., *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, 1982, p. 33, secondo il quale «ogni Costituzione porta in sé per natura una superba pretesa, per la quale essa si differenzia dalle altre disposizioni del potere statale: la pretesa della durata». Ancora, come osservato da M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2013, p. 1, «solo la Costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale solo perché e fino a che quelle regole, dettate da quella Costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno». Da ultimo, cfr. T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, n. 1, 2016, p. 50, la quale ha evidenziato come le Costituzioni contemporanee guardino «per loro natura al futuro, ben più di quanto non facciano altre tipologie di norme giuridiche» e, ancora, che la Costituzione non può che assumere «un orizzonte temporale che oltrepassa quello dell'ordinario circuito della decisione politica, ove decidono le maggioranze formatesi attraverso le elezioni».

La norma giuridica, per tradizionale sua definizione, si caratterizza per l'essere destinata alla disciplina di uno spazio temporalmente indefinito di fattispecie concrete che integrino i parametri di legalità della norma medesima.

La norma, in altre parole, oltre a non essere voluta solo per questo o per quell'individuo, è chiamata a sprigionare la sua forza precettiva in relazione ad una casistica, indefinita nel tempo, di fattispecie concrete.

La pretesa alla durezza della norma – specie costituzionale - costituisce, dunque, suo carattere intrinseco chiamato a soggiacere a non altri confini temporali se non quelli segnati dal rinnovato esercizio della funzione normativa.

Sembra che il naturale orizzonte interpretativo della norma non possa prescindere, dunque, dalla dimensione dell'avvenire<sup>42</sup>.

In altri termini, la norma che non si facesse carico della predetta aspirazione finirebbe per tradire le sue stesse proprietà concettuali: essa finirebbe per essere assorbita nella sola dimensione amministrativa del *provvedere*<sup>43</sup> trascurando quella normativa, sua propria, del *praevidere*.

La naturale inclusione nella norma di una indefinita traiettoria temporale costituisce, in sintesi, non la "giuridicizzazione" di un valore quanto, piuttosto, il "valore" e la funzione stessa del fenomeno normativo.

Se quanto osservato corrisponde al vero, la legittimità della norma (e non la sua sola legalità) non può che essere "scrutinata" in questa sua naturale proiezione intertemporale e, dunque, *intergenerazionale*.

L'idea della sostenibilità, nel ragionamento prospettato, sembrerebbe dunque introdurre un necessario elemento di comparazione anche nel giudizio di legittimità della norma.

Ed infatti, posto che il carattere costitutivo della norma è rappresentato dalla sua idoneità a disciplinare una serie potenzialmente infinita di casi e fattispecie, essenziale requisito di legittimità della norma stessa sarebbe integrato anche dalla sua idoneità ad assicurare, in astratto, un trattamento tendenzialmente uniforme pur nella successione tra epoche e generazioni.

In particolare, la disciplina pubblicistica organica dei comparti "sistemici" dell'ordinamento finirebbe per perdere di credibilità e, ove si accolga il ragionamento

---

<sup>42</sup> Cfr. E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, p. 148, il quale osserva che «la sostenibilità del diritto è clausola generale e canone ermeneutico insieme; essa introduce il principio di socialità nella tradizione giuridica europea».

<sup>43</sup> Cfr. con B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 28.

prospettato, di giuridica legittimità, ove non tenesse nella debita considerazione il succedersi tra loro di generazioni di individui<sup>44</sup>.

Sembra dunque lecito insistere sulla rilevanza, nell'interpretazione costituzionale, del principio di sostenibilità: è possibile scorgere in esso, persino, come un'occasione di "saldatura" tra legittimità, immanente alla norma, e sua legale costituzionalità in rapporto ai principi di uguaglianza e solidarietà.

In questo senso, la dottrina costituzionalistica – pur con tutte le cautele del caso - non ha mancato di affacciare l'ipotesi di un giudizio ternario di tipo intergenerazionale<sup>45</sup>. Un giudizio capace, cioè, di includere all'interno della comparazione non solamente gli esiti che la norma sarebbe capace di produrre nel presente ma anche quelli che la norma sarebbe idonea a produrre nel futuro. Il ché, in effetti, non sembra operazione particolarmente macchinosa: ciò, tenuto conto della pacifica constatazione secondo cui il principio di uguaglianza (su cui poggia il canone della ragionevolezza)<sup>46</sup> risulta incomprimibile in capo a chiunque attinga, o possa in futuro attingere, al nucleo essenziale dei diritti fondamentali.

In conclusione, la norma fonderebbe i propri requisiti di legittimità ove sia adeguatamente proiettata anche al futuro. Nel contempo, essa potrebbe definirsi come costituzionalmente orientata – e, dunque, 'legale' - nella misura in cui garantisca (o, quantomeno, non precluda) anche per i posteri la soddisfazione di

<sup>44</sup> Cfr. A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo «modello sociale europeo»: più sobrio, solidale e sostenibile*, in *Rivista AIC*, 4/2011, secondo il quale «se non basta la mera declamazione dei diritti sociali, nemmeno è sufficiente supporre di avere all'inizio e in astratto la disponibilità economica per soddisfarli (*sostenibilità*); occorre che i legislatori, nazionali e comunitari, svolgano precise indagini e ricerche sugli effetti "nel tempo" delle normative che intendono adottare – c.d. analisi dell'impatto economico del diritto – senza le quali non v'è una reale *fattibilità* pratica. Dalla soddisfazione di tale complesso requisito (*fattibilità ex ante* ed *ex post*) e da un buon *drafting* legislativo – ossia dalla chiarezza delle procedure con cui il cittadino può far valere la propria situazione giuridica attiva – dipende l'*esigibilità* e, quindi, la *giustiziabilità*, dei diritti sociali (...)».

<sup>45</sup> Cfr. A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, cit., p. 109, secondo il quale «oggi, la Corte – che peraltro manipola abbondantemente pure gli effetti temporali delle proprie sentenze e talvolta entrambi (effetti temporali e spaziali) in ardite tecniche combinatorie – si trova di fronte alla possibilità/necessità di applicare il canone di ragionevolezza sotto la singolare forma di un giudizio ternario nel tempo».

<sup>46</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, in AA.VV., *Lavoro. La giurisprudenza della Corte costituzionale (1° luglio 1989-31 dicembre 2005)*, Vol. IX, Roma, 2006, p. 162; A.M. BATTIASTI, *Welfare e no profit in Europa. Profili comparati*, Torino, 2013, p. 31; Cfr. A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo «modello sociale europeo»: più sobrio, solidale e sostenibile*, in *Rivista AIC*, 4/2011, secondo il quale, e nella prospettiva specifica dei diritti sociali (soprattutto nel caso dei diritti sociali classici: di prestazione), «potrebbe dirsi in estrema sintesi che l'idea di *sostenibilità* costituisce l'aspetto "economico" del concetto di *ragionevolezza* in campo "giuridico"».

quegli stessi bisogni essenziali reclamati dalle generazioni presenti<sup>47</sup>. Viceversa, sarebbe lecito dubitare della costituzionalità di una norma che – al netto di possibili evoluzioni socioeconomiche – introduca criticità tali da poter compromettere, in favore delle generazioni future, la tenuta di comparti fondamentali come ad esempio quello della salute o della previdenza.

Nei termini del discorso introduttivo, il richiamo operato dalla Costituzione al principio di sostenibilità sembra sottendere, dunque, l'idea che l'organizzazione costituzionale della Repubblica – e l'organizzazione pubblica dei settori statuali sistemici che ne deriva – non possa che essere alimentata, per sua natura, da una traiettoria di tipo intergenerazionale.

E' in questo quadro che l'idea della sostenibilità concorrerebbe a irrorare la convincente descrizione della Costituzione come "patto tra generazioni"<sup>48</sup>: le generazioni future, nella parafrasi omerica, accetterebbero il vincolo all'albero maestro che la Costituzione rappresenta<sup>49</sup> ricevendo in contraccambio pari garanzie, nei diritti fondamentali, rispetto a quelle introdotte, a suo tempo, dalla generazione costituente.

<sup>47</sup> Come osserva P. ALVAZZI DEL FRATE, in C. Storti (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, 2016, p. 160, «resta l'annosa questione del rapporto tra legalità e legittimità, tema sul quale si è scritto moltissimo. Sebbene negli ordinamenti contemporanei la distinzione si stia affievolendo, i due termini mantengono significati concettualmente diversi. La legittimità concerne il fondamento del potere e dello *ius statuendi*, ossia la possibilità di creare regole giuridiche, mentre per legalità si intende, in senso giuridico più stretto, la conformità degli atti alla norma giuridica». Ancora, si veda quanto osservato da G. CALABRÒ, *Potere costituente e teoria dei valori*, Lungro, 1997, p. 13, secondo il quale «la legalità concerne le modalità di esercizio del potere, nel quale è legale in quanto viene esercitato nel pieno rispetto delle leggi vigenti; la legittimità, invece, concerne la titolarità del potere, e cioè la necessità che per essere ritenuto legittimo deve essere giustificato adeguatamente. (...) La legittimità, dunque, è il presupposto perché un potere venga riconosciuto e quindi accettato anche dai suoi avversari; la legalità, invece è l'esercizio di un potere secondo le regole delle leggi». Osserva invece F. BASTIAT, *La legge*, Parigi, 1850, pp. 10 e ss, che «la legalità è il sistema delle istituzioni giuridiche e politiche in vigore, la legittimità quell'ordine disarmato che può però far e continuamente appello ai nostri scrupoli morali e alla nostra razionalità dialogica». Tra gli scritti ormai divenuti classici sul tema della legalità e della legittimità, cfr. N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, pp. 64 e ss., C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (ed. it. a cura di G. Miglio e P. Schiera, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 2013), M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1968, vol. I, pp. 34 e ss.

<sup>48</sup> Cfr. P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, 1993, p. 208 ss.

<sup>49</sup> Il riferimento è a quello che, persuasivamente, è stato efficacemente definito "Ulysses model", cfr. J. ELSTER, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge, 1979, p. 39 ss. ed all'idea, cioè, che la Costituzione rappresenti l'impegno assunto dalla generazione costituente nel "trincerare" determinate, fondamentali posizioni giuridiche dietro l'argine che la Costituzione rappresenterebbe: ciò, al fine di impedire che in epoche future, in ipotesi caratterizzate da fenomeni di rinnovata dispersione etico-giuridica, le stesse possano nuovamente essere fatte oggetto di minaccia o di aggressione.

# PROFILI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO NELLA DISCIPLINA GIURIDICA DEI DRONI

**Giovanna Mastrodonato**

*Ricercatrice di diritto amministrativo nell'Università di Bari "Aldo Moro"*

**ABSTRACT** [ITA]: A seguito della recente proliferazione di attività di interesse pubblico svolte a mezzo di droni, da parte di soggetti pubblici e privati, sembra potersi segnalare da ultimo un ampliamento delle discipline giuridiche che vengono interessate dal settore, in particolare dei profili che interessano il diritto amministrativo. Si pensi al ruolo della pubblica amministrazione in veste di committente e di regolatrice, alla disciplina degli appalti innovativi, alle norme sulle autorizzazioni amministrative e alle semplificazioni introdotte dalle recenti novelle legislative, come la legge n. 120 del 2020, al problema concernente la riforma della *governance* del settore dell'aviazione civile. La rivoluzione che le macchine stanno per compiere in tutto il mondo globalizzato costituisce infatti una sfida fondamentale per il futuro del nostro Paese e per le pubbliche amministrazioni, che dovranno ambire ad un ruolo primario in questo processo, creando imprese e formando cittadini preparati per gestire al meglio opportunità e benefici derivanti dal cambiamento economico e sociale ormai in atto. In tal modo, la vicenda dei droni e i tentativi del legislatore di disciplinarli, garantendo la sicurezza dei cittadini e al contempo lo sviluppo del mercato, risultano emblematici di come l'innovazione tecnologica trascini talvolta con forza la società, ma sovente anche la legge e i principi di diritto.

**ABSTRACT** [ENG]: *According to recent growth of activities of public interest carried out by drones, by public and private entities, it seems possible to point out a widening in legal disciplines that are affected by this field, in particular the profiles that affect administrative law. Just think of what role the public administration plays as client and regulator, rules on innovative procurement, rules on administrative authorisations and simplifications introduced by recent new legislation, such as law no. 120 of 2020, and issues related to the governance reform of the civil aviation sector. Machines are about to revolution in the globalized world and this is a major challenge for Italy's future and for public administrations, which will have to aspire to a primary role in this process, creating businesses and training citizens trained to better manage opportunities and benefits deriving from ongoing economic and social change. In this way, events involving drones and the legislator's attempts to regulate them, guaranteeing the safety of citizens and at the same time the development of the market, are emblematic of how technological innovation sometimes strongly drags society, but often also the law and the principles of law.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. Le ragioni di un'indagine giuridica sui droni. – **2.** La complessa questione definitoria – **3.** Profili di rilievo per il diritto amministrativo. La pubblica amministrazione committente. – **4.** La pubblica amministrazione regolatrice. L'esigenza di una riforma della *governance* del trasporto aereo: verso un ripensamento della forma giuridica dell'Enac. – **5.** Spunti ricostruttivi.

## 1. Premessa. Le ragioni di un'indagine giuridica sui droni.

Negli ultimi lustri sembra che le problematiche giuridiche legate all'innovazione tecnologica e all'intelligenza artificiale<sup>1</sup> costituiscano una delle sfide più ardue ed altrettanto urgenti per il giurista.

In un quadro economico-sociale ormai mutato a causa della quarta rivoluzione industriale attualmente in corso, dove le macchine conquistano ogni giorno spazi sempre più ampi, ci si deve infatti chiedere quale possa essere il ruolo del diritto, di conseguenza del giurista, se in uno scenario di questo genere possa divenire del tutto marginale, o viceversa, acquistare nuova forza. Senza dubbio al giurista sarà riservato il difficile compito di verificare la compatibilità tra l'ordinamento e le applicazioni delle nuove tecnologie che coinvolgono aspetti determinanti della vita umana e dell'organizzazione sociale ed economica della società più in generale; tuttavia egli dovrà porsi in una dimensione sicuramente interdisciplinare, aperta ai saperi scientifico e tecnologico, nel tentativo di guidare lo sviluppo delle tecnologie di intelligenza artificiale ed automatizzazione verso il rispetto dei principi giuridici ed etici, al fine di poterne sempre orientare l'utilizzo e mitigarne i rischi<sup>2</sup>.

La dottrina ha evidenziato, la circostanza per la quale nella disciplina giuridica che regola i droni sembra che prevalgano i profili e le regole del diritto della navigazione, del diritto civile e penale, questo almeno in una fase iniziale di sviluppo della nuova tecnologia, tuttavia sembrano molteplici le norme e i principi

---

<sup>1</sup> Sul rapporto tra intelligenza artificiale e diritto cfr. G. CORASANITI, *Intelligenza artificiale e diritto: il nuovo ruolo del giurista*, in U. RUFFOLO, a cura di, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, spec. p. 395 e ID., *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017; ID., *Il diritto nella società digitale*, Milano, 2018; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una p.a. 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), febbraio 2019; E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo e artificial intelligence*, in *Giur.it.*, 2019; F. PIZZETTI, cura di, *Intelligenza artificiale: protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

<sup>2</sup> Del resto, l'impatto delle nuove tecnologie e le eventuali ed infinite applicazioni future hanno condotto lo stesso Asimov a dubitare della possibilità "di contenere la complessità delle esigenze di regolazione delle intelligenze artificiali in poche leggi: in ogni caso, quello che era un tema avveniristico di fantascienza diventa oramai una questione di assoluta centralità nel dibattito sull'impatto e le potenzialità delle innovazioni tecnologiche, che interessa informatici, filosofi, politologi, economisti e non ultimi i giuristi".V. sul punto l'interessante contributo di E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 271. L'a. ricorda che nel corso della *Asilomar Conference* del 2017 sono stati elaborati i noti 23 Principi di Asilomar, volti al perseguimento dello sviluppo responsabile dell'Intelligenza artificiale (<https://futureoflife.org/ai-principles/>); ma si vedano anche i *Top Ten Principles for Ethical AI dell'UNI Global Union* (<http://www.thefutureworldofwork.org>).

riconducibili chiaramente alla sfera pubblicistica che vengono oramai in rilievo quando si tratta di disciplinare le delicate problematiche involgenti i droni, anzitutto sul piano dell'attività oggettivamente amministrativa, per la proliferazione di attività di interesse pubblico svolte a mezzo di droni, non soltanto da parte di soggetti pubblici ma anche privati<sup>3</sup>. Sembra in altre parole che con l'espansione del mercato e dell'uso dei droni si possa verificare, in via altrettanto significativa, un ampliamento delle discipline (anche) giuridiche che vengono interessate dal settore che riguarda - anche se talvolta in modo riflesso - lo sviluppo della ricerca e delle applicazioni della tecnologia sui droni, ormai in crescita costante.

Si pensi al ruolo della pubblica amministrazione in veste di committente e di regolatrice, alla disciplina degli appalti - in particolare agli appalti innovativi - e alle norme sulle autorizzazioni amministrative e alle semplificazioni introdotte dalle recenti novelle legislative, al problema concernente la *governance* del settore dell'aviazione civile e segnatamente la forma giuridica e le funzioni dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (Enac)<sup>4</sup>.

Va inoltre considerato il ruolo centrale delle p.a. nella nuova rivoluzione industriale in corso che ormai pervade, oltre gli ambiti tecnologici e scientifici, anche quello sociale: le *global value chains*<sup>5</sup> sostituiscono in tal modo l'organizzazione tipica degli stabilimenti per la produzione industriale, mentre alla catena di montaggio lavorano sempre più di frequente i robot e l'intelligenza artificiale sembra dunque *work in progress* rispetto a quella naturale, che già mostra i segni di minore attività. Si

<sup>3</sup> E questa circostanza provoca un aumento del rischio di un abuso di sorveglianza e di possibile compressione del diritto ad essere lasciato solo ("*right to be left alone*"), come nota G. SCHNEIDER, *La nozione dei "droni pubblici": lo stato dell'arte al crocevia tra norme, prassi e problemi di privacy*, in E. PALMERINI-M.A. BIASOTTI-G.F. AIELLO, a cura di, *Diritto dei droni. Regole, questioni e prassi*, in V. FRANCESCHELLI - E. TOSI, Collana diretta da, *Diritto delle nuove tecnologie*, Milano, 2018, spec. p. 425. Cfr. inoltre gli studi sul tema di D. FLAHERTY, *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, Cambridge, 2014; mentre per la risalenza del diritto alla privacy cfr. S.D. WARREN - L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, p. 193 ss.

<sup>4</sup> L'Enac ha poteri di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile in Italia nel rispetto dei poteri derivanti dal Codice della navigazione, garantisce la sicurezza del volo e dei passeggeri trasportati sia durante le operazioni aeronautiche sia a terra in ambito aeroportuale. La sicurezza è intesa nella duplice accezione di *safety*, come tutela dell'incolumità delle persone coinvolte nelle operazioni aeronautiche, che di *security*, come prevenzione e neutralizzazione di atti di interferenza illecita che possono essere messi in atto nei confronti del sistema di aviazione civile (in aeroporto e a bordo degli aeromobili). L'Ente nazionale per l'assistenza al volo (Enav), invece, assicura su tutto il territorio nazionale il servizio di controllo del traffico aereo e gli altri servizi di assistenza alla navigazione.

<sup>5</sup> Una catena globale del valore è una forma di organizzazione del processo produttivo, che si sostanzia in una frammentazione geografica della produzione, nella quale imprese localizzate in Paesi diversi si specializzano in alcune fasi del processo, come la ricerca, lo sviluppo del prodotto, la produzione di parti e componenti, l'assemblaggio del prodotto finale o la sua commercializzazione, sulla base di vantaggi come il basso costo della manodopera, il capitale umano, le competenze in *design* o la disponibilità di risorse naturali.

spiega agevolmente nel quadro che abbiamo appena iniziato a porre in luce che nell'emergenza<sup>6</sup> pandemica, così incidente sugli effetti sociali, economici e ambientali del nostro Paese alle amministrazioni pubbliche venga più che mai «richiesto di non restare estranee da questo processo, anzi di farsene protagoniste, sia perché su di esse gravano i maggiori compiti dello Stato moderno, sia perché sono sempre più frequenti i vuoti lasciati dal corpo politico»<sup>7</sup>. Del resto, quello che stiamo vivendo può sicuramente dirsi il «periodo a più alto tasso di innovazione di tutta la storia dell'umanità, nel mezzo di una rivoluzione tecnologica in cui l'innovazione e la scienza offrono opportunità mai viste prima»<sup>8</sup>. La rivoluzione che le macchine stanno per compiere in tutto il mondo globalizzato costituisce senz'altro una sfida fondamentale per il futuro del nostro Paese, dinanzi alla quale si può avere una reazione di rifiuto e/o passiva, oppure una reazione totalmente diversa. L'Italia non può che essere un soggetto proattivo nell'elaborazione di politiche per preparare l'Italia i suoi cittadini alla quarta rivoluzione industriale e, lungi dall'esserne allarmata, sembra fondamentale per il nostro Paese e per la pubblica amministrazione agire da attori cercando di conquistare un ruolo primario in questa rivoluzione, creando imprese e formando cittadini preparati per gestire al meglio opportunità e benefici derivanti dal cambiamento economico e sociale ormai in atto<sup>9</sup>, considerato che «la grande trasformazione tecnologica cambia il quadro dei diritti

<sup>6</sup> Sul ruolo dell'amministrazione e del legislatore nell'offrire una risposta alle sfide della complessità e sul passaggio dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio cfr. L. GIANI - M. D'ORSOGNA - A. POLICE, a cura di, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Milano, 2018.

<sup>7</sup> Cfr. sul punto il contributo di S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 141 ss. L'a. esprime le sue perplessità sulla possibilità per la p.a. di procedere ad una radicale modernizzazione del nostro Paese, - che potrebbe salvarci da quella che l'a. definisce l'incompetenza programmatica della politica - considerato che nell'amministrazione mancano quelli che l'Ocse ha definito in un suo documento del 2017 "*Core Skills for Public Sector Innovation*": «*iteration (incrementally and experimentally developing policies, products and services); data literacy (ensuring decisions are data-driven and that data isn't an after thought); user centricity (public services should be focused on solving and servicing user needs); curiosity (seeking out and trying new ideas or ways of working); storytelling (explaining change in a way that builds support); insurgency (challenging the status quo and working with unusual partners)*».

<sup>8</sup> Così P. PISANO, Ministro per l'Innovazione tecnologica e la digitalizzazione, Introduzione a "*2025 Strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese*", in [https://innovazione.gov.it/assets/docs/MID\\_Book\\_2025.pdf](https://innovazione.gov.it/assets/docs/MID_Book_2025.pdf). Nel Piano appena citato emerge la necessità di valorizzare i benefici della quarta rivoluzione industriale, attuando sin da subito nell'intero ordinamento iniziative concrete per lo sviluppo del digitale e della tecnologia in ogni settore, fornendo ai lavoratori le competenze per "i lavori del futuro" e formando le nuove generazioni per prepararle al mondo che le aspetta. In questa prospettiva rientrano le tre sfide (digitalizzazione, innovazione e sviluppo etico e sostenibile), descritte attraverso nove obiettivi che prendono forma con le prime venti (+1) azioni pratiche e fattibili, per accompagnare la pubblica amministrazione, le aziende e ogni cittadino verso un futuro sostenibile, inclusivo e democratico.

<sup>9</sup> Sul tema si veda l'interessante lavoro di M. C. CARROZZA, *I robot e noi*, Bologna, 2017, spec. p. 16.

civili e politici, ridisegna il ruolo dei poteri pubblici, muta i rapporti personali e sociali, e incide sull'antropologia stessa delle persone»<sup>10</sup>. D'altro canto, com'è noto, si deve proprio allo sviluppo tecnologico, agli studi dottrinari sui diritti che ne vengono in qualche modo coinvolti e alla spinta impressa dal diritto internazionale l'intervento del legislatore in questo settore; conseguentemente, il dibattito sempre più ampio sui diritti sembra tutt'altro che sterile, al contrario, come rileva la dottrina più autorevole, esso si configura come «segno premonitore del progresso morale dell'umanità»<sup>11</sup>.

Tra gli altri profili di complessità che sicuramente il giurista sarà tenuto ad affrontare, in modo sempre crescente a causa dello sviluppo incalzante delle nuove tecnologie - in particolare, per ciò che attiene l'oggetto di questa indagine, quella che riguarda i droni - e i problemi posti dalla possibile lesione del diritto alla riservatezza<sup>12</sup>, considerato che la raccolta di dati personali a mezzo dei droni da parte delle pubbliche amministrazioni induce a valutare d'altro canto la delicatezza della questione del trattamento di una enorme quantità di dati personali raccolti per mano pubblica<sup>13</sup>. Segnatamente, si sottolinea l'evidente contrasto tra l'esigenza di gestire

<sup>10</sup> V. le riflessioni di S. RODOTÀ, *Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione*, in [www.dirittoquestionipubbliche.it](http://www.dirittoquestionipubbliche.it) e ID., *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma-Bari, 2014. Per l'impatto delle nuove tecnologie (anche) sulla p.a., cfr. E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019; G. CARULLO, *Gestione fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2016; P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015 e ID., *Net neutrality e poteri amministrativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6 febbraio 2019; F. PINTO, *L'utilizzo delle piattaforme informatiche da parte della pubblica amministrazione: tra falsi miti e veri rischi*, in *Amministrativamente*, 2018; ID., *La forma dell'atto amministrativo al tempo di Internet: spunti a margine di uno strano apparentamento*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2019.

<sup>11</sup> Il riferimento è a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, spec. p. 49.

<sup>12</sup> In particolare la Corte costituzionale, sin dalla sent. n. 104 del 1969, in linea con il modello di protezione offerta al diritto alla riservatezza dal diritto internazionale, ha inteso rinvenire un fondamento costituzionale nel collegamento fra l'art. 2 della Costituzione e le numerose altre norme costituzionali che costruiscono la riservatezza come bene della vita da proteggere (si pensi all'art. 14 sulla libertà di domicilio; all'art. 15 sulla libertà della corrispondenza; all'art. 21 sulla libertà di manifestazione del pensiero; allo stesso art. 3, che tutela la pari dignità sociale). Così M. LUCIANI, *Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato, Italia, Studio per il Parlamento europeo*, ottobre 2018, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it) e in <http://www.europarl.europa.eu/thinktank>. L'a. precisa che non si possono considerare coincidenti i concetti di riservatezza e *privacy*, infatti «l'espressione "diritto alla vita privata" è in genere considerata equivalente a "diritto alla riservatezza", ma è dubbio che sia davvero così. A maggior ragione, il concetto di diritto alla riservatezza non può considerarsi l'equivalente italiano di "privacy", nozione statunitense particolarmente vaga e imprecisa».

<sup>13</sup> La direttiva UE 2016/680 ha fissato alti standard di tutela dei dati personali raccolti dalle p.a. per scopi di *law enforcement* e di *intelligence*, rimarcando i principi di legittimità, proporzionalità e necessità da osservare nella raccolta e trattamento dei dati. Cfr. anche la nota sentenza della *Grand Chamber* della CEDU, *S. and Marper v. the United Kingdom*, 4 dicembre 2008, secondo la quale soltanto le ragioni connesse alla prevenzione di disordini o crimini può comportare una compressione del diritto alla riservatezza.

una mole di dati estremamente importante in palese antitesi rispetto al principio di minimizzazione degli stessi, così come affermato nel regolamento europeo n. 679 del 2016, in virtù del quale il trattamento dei dati dovrebbe concernere soltanto quelli strettamente necessari e pertinenti rispetto alle finalità perseguite<sup>14</sup> al fine di tutelare il diritto alla riservatezza<sup>15</sup>. A questo proposito uno strumento che andrebbe forse sempre più diffuso – o reso obbligatorio- nelle p.a. per assicurare il trattamento corretto e trasparente dei dati è la certificazione per la sicurezza dei dati raccolti per mezzo dei droni, attestante l'efficacia delle misure e degli strumenti tecnologici usati per proteggere i dati personali e degli accorgimenti adottati al fine di rendere sicure le sedi dove i dati saranno archiviati, senza trascurare la precisazione e la susseguente diffusione delle buone pratiche operative da parte del personale addetto al trattamento degli stessi<sup>16</sup>.

Nello stesso senso, quello di assicurare la protezione dei dati personali, opera, invero, nell'ordinamento interno anche il recente regolamento Enac sui “Mezzi aerei a pilotaggio remoto”, terza edizione, del 25 novembre 2019, nel prevedere che qualora le operazioni svolte tramite droni «possano comportare un trattamento di dati personali, tale circostanza deve essere menzionata nella documentazione sottoposta ai fini del rilascio della pertinente autorizzazione»<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> G. FINOCCHIARO, *Riflessioni sull'intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in E. PALMERINI - M.A. BIASOTTI - G.F. AIELLO, a cura di, *Diritto dei droni. Regole, questioni e prassi*, cit., spec. p. 237.

<sup>15</sup> Cfr., sull'emersione del nuovo diritto alla riservatezza, M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985; ID., *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989; A. Cataudella, *Riservatezza (diritto alla)*, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, Vol. XXVII, 1991; A. CERRI, *Riservatezza (Diritto alla)*, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1991; ID., *Riservatezza (Diritto alla)*, *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; G. BUSIA, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2000; U. DE SIERVO, *Tutela dei dati personali e riservatezza*, in AA. VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003; D. CALDIROLA, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, 2006; L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016; ID., *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati personali*, in AA. VV., *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. CALIFANO - C. COLAPIETRO, Milano, 2017; C. COLAPIETRO - A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in AA. VV., *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. CALIFANO - C. COLAPIETRO, cit., p. 85 ss.; L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016; A. DI MARTINO, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2017.

<sup>16</sup> Come osserva G. SCHNEIDER, *La nozione dei “droni pubblici”: lo stato dell'arte al crocevia tra norme, prassi e problemi di privacy*, cit., spec. p. 442.

<sup>17</sup> Nelle norme di cui all'art. 34 (“Protezione dei dati e privacy”) del regolamento Enac. Ai sensi del comma 2, il trattamento dei dati personali deve essere effettuato in ogni caso nel rispetto del decreto legislativo 30 giugno

Tuttavia, nel rispondere ad altre esigenze, si prefigura anche la necessità – particolarmente avvertita in relazione alle ipotesi di ICTs applicate ai veicoli - di far convogliare i flussi di informazioni, opportunamente aggiornate, in una banca dati unica per le pubbliche amministrazioni, al fine di poter apportare significativi mutamenti in termini di patrimonio cognitivo sul tema e consentire allo stesso decisore pubblico di definire i correttivi necessari, corredati da relativa motivazione<sup>18</sup>.

Va però rilevato che il regolamento del 2016, entrato in vigore soltanto due anni dopo, al quale si affidavano molte speranze per una tutela della riservatezza che risultasse rigorosa e in linea con i tempi, sembra tuttavia già in parte superato, a causa della rapida evoluzione tecnologica, soprattutto per la grave lacuna costituita dalla sostanziale omissione delle applicazioni relative all'intelligenza artificiale e dei *big data*<sup>19</sup>, ossia dei trattamenti di dati di massa, che risultano quelli più a rischio in alcune delle applicazioni concernenti il sorvolo dei droni. Sembra evidente che alle categorie di dati appena citate il regolamento, - qualsiasi regolamento -

---

2003, n. 196 e successive modificazioni (“Codice in materia di protezione dei dati personali”), con particolare riguardo all'utilizzo di modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità – in linea con l'articolo 3 del codice-, nonché delle misure e degli accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti dal Garante per la protezione dei dati personali.

<sup>18</sup> Sul punto cfr. i contributi di V. BERLINGÒ, *Il fenomeno della datification e la sua giuridicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 641 ss; e S. D'ANCONA, *Trattamento e scambio di dati tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, p. 587 ss.

<sup>19</sup> L'espressione concerne un fenomeno sviluppatosi inizialmente nel settore privato e soltanto in seguito diffusosi in quello pubblico. I *big data*, o “grande massa di dati”, secondo la risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2017 sulle “*Implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto*” (2016/2225(INI)), coincidono con il trattamento automatizzato – comprese le attività di raccolta, analisi ed accumulo - di una grande quantità di dati provenienti da fonti diverse (sistemi operativi, *social network*, motori di ricerca, posta elettronica, sistemi di sensori). Il legislatore italiano non disciplina i *big data*, ma si possono comunque rinvenire riferimenti a tal proposito in alcuni decreti ministeriali. Un modo per descrivere alcuni tratti unificanti nella materia assai eterogenea dei *big data* è indicato dalle quattro V: volume, velocità, valore e varietà, posto che essi possono provenire da fonti molto differenti «*which do not constitute an exhaustive list, and are not circumscribed by law*», così V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, 2019, spec. p. 95. Il regolamento n. 679 del 2016, al considerando 91, prevede che il GDPR si applichi anche per i trattamenti su larga scala, definiti come trattamenti riguardanti una notevole quantità di dati personali, che potrebbero incidere su un vasto numero di interessati a livello regionale, nazionale e sovranazionale e presentare potenzialmente, data la loro sensibilità, un rischio elevato per i diritti delle persone fisiche. I *big data* rientrano quindi nella definizione di trattamento su larga scala che, pertanto, deve avvenire nel rispetto del GDPR. Invero, il regolamento si riferisce al trattamento degli stessi in molte disposizioni – ad es. all'art. 22 e all'art. 25- nonostante ciò resta il problema irrisolto del limite rappresentato dall'oggetto del regolamento, ossia il trattamento del dato personale, mentre nei *big data* si ricomprendono anche dati non personali, posto che la natura dei dati da analizzare si potrà definire soltanto a seguito dell'elaborazione. Infine, sembra che non siano applicabili i principi dell'esattezza, della minimizzazione dei dati e della limitazione delle finalità alla base del regolamento GDPR.

necessariamente fondato sull'autodeterminazione e sulla gestione personale dell'interessato circa i propri dati, risulti difficilmente configurabile<sup>20</sup>.

Appare in altre parole evidente come la disciplina dell'intelligenza artificiale sembri in alcuni punti entrare in rotta di collisione rispetto ai principi<sup>21</sup> fondamentali posti dal diritto comune, in questo caso dal regolamento n. 679 del 2016. A partire dalla stessa definizione di dato personale accolta nel regolamento del 2016, dove risulta che per dato personale si intende qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile, emergono con tutta evidenza le possibili ambiguità nell'interpretazione della figura dell'interessato: ossia il dato personale va tutelato soltanto se direttamente ricollegabile alla persona interessata, mentre nei casi in cui le applicazioni di intelligenza artificiale utilizzino dati anonimi, dunque non ricollegabili direttamente ad una persona fisica, il regolamento non troverebbe applicazione.

Quanto alle problematiche relative ad eventuali conflitti tra sicurezza pubblica e trasparenza delle informazioni, va considerata quella giurisprudenza<sup>22</sup> che ha negato l'accesso a documenti per evitare problemi di sicurezza: l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera<sup>23</sup> ha di recente confermato il rifiuto di divulgare i documenti richiesti, in quanto «la divulgazione di dettagli delle attrezzature tecniche impiegate nelle operazioni attualmente in corso arrecherebbe pregiudizio alla sicurezza pubblica».

---

<sup>20</sup> G. FINOCCHIARO, *Riflessioni sull'intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, cit., p. 247.

<sup>21</sup> In relazione all'utilizzo dei dati nell'ambito dell'intelligenza artificiale va considerato, in via prioritaria, il principio della qualità dei dati, che debbono essere adeguati, pertinenti e limitati per quanto possibile rispetto alle finalità per le quali sono trattati. A questo principio si affianca poi il principio di finalità, posto a tutela della necessità che i dati e di conseguenza il loro trattamento, debbano perseguire finalità determinate, esplicite e legittime.

<sup>22</sup> Tribunale I grado UE Sez. I, 27 novembre 2019, n. 31.

<sup>23</sup> Istituita nel 2004 e disciplinata dal regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea che modifica il regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE del Consiglio, meglio nota come Frontex. Cfr. su questo argomento G. ARMAO, *L'agenzia Frontex e l'Agenda europea sulla migrazione*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 1/2020.

## 2. La complessa questione definitoria.

Gli *Unmanned Aerial Vehicle*, mezzi aerei senza piloti a bordo o mezzi aerei a pilotaggio remoto<sup>24</sup>, più comunemente conosciuti con l'acronimo UAV<sup>25</sup> o SAPR<sup>26</sup> e alquanto impropriamente con il nome di "droni"<sup>27</sup>, sembrano da ultimo costituire un mercato in crescente espansione, creando prospettive nuove e riflessi interessanti - sia dal punto di vista economico-sociale sia da quello giuridico - per la molteplicità degli ambiti in cui essi possono essere utilizzati.

L'implementazione di sistemi fondati sull'intelligenza artificiale, com'è noto, può offrire opportunità di nuovi posti di lavoro, di miglioramento delle condizioni di lavoro e di salute, oltre a rappresentare, nelle prime riflessioni della dottrina, un valido supporto anche per la tutela dell'ambiente<sup>28</sup>, nonostante le perplessità espresse

<sup>24</sup> In relazione ai primi contributi riguardanti l'inquadramento normativo degli aeromobili a pilotaggio remoto cfr., B. FRANCHI, *Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità*, 2010, p. 732 ss. (prima parte) e p. 1213 ss. (seconda parte). Per un interessante approfondimento storico si veda: A. NATALINI, *Origini e sviluppo dei velivoli senza pilota (1848-1990)*, Trento, 2008, dove si evidenzia l'origine assai risalente degli aeromobili senza pilota in Italia, databile al 1918, quando si tentarono le prime sperimentazioni di aeromobili senza pilota a bordo. Infatti, già all'inizio della Prima guerra mondiale il Comitato nazionale per l'esame delle invenzioni attinenti al materiale di guerra incaricò la società *Nieuport-Macchi* della costruzione di un monoplano senza pilota, con motore da 50 cavalli, destinato ad attaccare obiettivi terrestri con il lancio di bombe; tuttavia, dopo due tentativi falliti il progetto fu abbandonato.

<sup>25</sup> L'ICAO (*International Civil Aviation Organization*) si occupa degli UAV dal 2005 e - in occasione della 169ª sessione dell'*Air Navigation Commission* (ANC), anche al fine di adeguare e adattare l'impiego dei nuovi mezzi alle norme contenute negli Allegati alla Convenzione relativa all'aviazione civile internazionale, anche tramite un gruppo di studio *Unmanned Aircraft System Study Group* (UASSG) - si è dunque tentato di integrare gli UAV negli spazi aerei non segregati e negli aeroporti.

<sup>26</sup> Il termine SAPR è invece l'acronimo italiano utilizzato per indicare un Sistema Aeromobile a Pilotaggio Remoto.

<sup>27</sup> Infatti, il termine è atecnico, considerato che il significato originario di drone in inglese è *fuco*, il maschio dell'ape, da cui deriva il verbo *to drone*, che descrive l'azione del produrre un ronzio.

<sup>28</sup> Nel 1973, con il saggio di M.S. GIANNINI (*Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss.) si inauguravano gli studi giuridici sull'ambiente. Da allora molta strada è stata fatta nella ricerca, nella normativa, ormai in linea con il diritto europeo, e nell'organizzazione amministrativa per l'ambiente. La letteratura è vastissima; senza alcuna pretesa di esaustività si vedano A. ANGIULI, *La tutela dell'ambiente tra Stato, Regioni ed associazioni naturalistiche. Profili processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 55 ss. e ID., *Premesse per uno studio sui "grandi spazi funzionali". Il regime giuridico del parco*, in *Dir. econ.*, 1997, p. 63 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Valutazione d'impatto ambientale e garanzie giustiziali*, in *Sanità pubbl.*, 1989, p. 301 ss.; ID., *Tutela dell'ambiente e beni pubblici. Provocazioni per uno studio sul dominio ambientale eminente*, in *Scritti Predieri*, Tomo I, 1996, p. 311; ID., *La fase istruttoria nei procedimenti amministrativi di tutela preventiva dell'ambiente*, in V. PARISIO, a cura di, *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*, Milano, 2009, p. 49; ID., *Tutela amministrativa dell'ambiente e rimedi giustiziali*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, a cura di, F. ASTONE - M. CALDARERA - F. MANGANARO - F. SAITTA - N. SAITTA - A. TIGANO, Napoli, 2018, vol. I, p. 403 ss.; F. G. SCOCA, *Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente*, in *Dir. soc.*, 1993, p. 399 ss.; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti Predieri*, Tomo II, Milano, 1996, p. 1112 ss.; G. CAIA, *I compiti di tutela ambientale nello Stato delle autonomie (tra intervento comunitario e modelli differenziati*

in merito alla possibile violazione dei diritti fondamentali, *in primis* – come appena accennato - della *privacy*<sup>29</sup>. Anzi, a questo punto può ben dirsi che il livello di pervasività delle innovazioni tecnologiche basate su sistemi di intelligenza artificiale – ossia quella forma di intelligenza «legata al *software* e ai sistemi di apprendimento che elaborano le informazioni e permettono alcune forme di ragionamento, ma soprattutto forniscono la capacità di decisioni autonome senza il controllo diretto di un operatore umano»<sup>30</sup> - facciano propendere per ritenere l'intelligenza artificiale ormai parte delle nostre vite<sup>31</sup>.

Preliminarmente, in merito alla relazione tra droni e sistemi di intelligenza artificiale, si deve però chiarire che si tratta di ambiti non sempre coincidenti, dato che i droni possono essere quasi del tutto autonomi, quindi rientranti in tal caso in sistemi di intelligenza artificiale - o SIAR, acronimo di sistemi di intelligenza artificiale robot - oppure teleguidati e dipendenti quasi interamente dal controllo umano, sicché vanno considerati in tal caso privi di intelligenza artificiale.

Quanto allo specifico campo d'indagine, non va tuttavia sottaciuta l'iniziale diffidenza che ha circondato le prime applicazioni di questa tecnologia, com'è noto,

---

*dell'organizzazione amministrativa*), in *Scritti Guarino*, Tomo I, Padova 1998, p. 375 ss.; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 216; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, II ed., Padova, 2011; ID., *Modelli organizzativi per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 957 ss.; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; D. DE CAROLIS - E. FERRARI - A. POLICE, *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006; R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella società del rischio*, in *Dir. società*, 2006, p. 507 ss.; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007; A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008; M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, p. 1571 ss.; L. COSTATO - F. PELLIZER, *Commentario breve al Codice dell'ambiente*, II ed., Milano, 2012; R. FERRARA - M.A.SANDULLI, diretto da, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014; M. CALABRÒ - L. GIANI, *Diritto dell'ambiente*, in A. POLICE - M.R. SPASIANO, a cura di, *Manuale di governo del territorio*, Torino, 2016; G. ROSSI, a cura di, *Diritto dell'ambiente*, IV ed., Torino, 2017; N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, VI ed., Padova, 2020.

<sup>29</sup> Cfr. L. D'AVACK, *La rivoluzione tecnologica e la nuova era digitale: problemi etici*, in U. RUFFOLO, a cura di, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, spec. p. 26.

<sup>30</sup> Così M.C. CARROZZA, *I robot e noi*, cit., spec. p. 19. Infatti essa risulta diffusa in ogni contesto sia privato sia commerciale, può essere definita senz'altro come quella scienza volta a far fare ai computer cose che richiedono intelligenza quando vengono fatte dagli esseri umani, ma anche come quel settore dell'informatica che si occupa di creare macchine intelligenti in grado di eseguire compiti e risolvere problemi nuovi, di adattarsi all'ambiente e comprenderlo e di capire il linguaggio naturale (vedi rapporto dell'*Aspen Institute* Italia, *Intelligenza artificiale come nuovo fattore di crescita*, luglio, 2017, definizione che riprende quella di A. TURING, *Computing Machinery and intelligence*, in *Mind, New Series*, 1950, n. 236, p. 433 ss.).

<sup>31</sup> Come affermato dalla Commissione europea nella Comunicazione del 2018 su “*L'intelligenza artificiale per l'Europa*”, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM (2018) 237, 25 aprile 2018, p. 1.

legate, in un primo momento, al campo prettamente militare e all'utilizzo dei droni finalizzato al *killing at distance*; soltanto negli ultimi lustri sembra che la percezione comune derivante dall'uso sempre più massiccio - e in diversi campi connessi alla sicurezza e al miglioramento di talune condizioni di vita e/o di lavoro - di questa nuova tecnologia abbia acquisito una veste nuova, talvolta radicalmente antitetica rispetto alle sue prime applicazioni, portando infine ad una sorta di riabilitazione dei droni alla stregua di "angeli artificiali"<sup>32</sup>. Del resto, anche nella Dichiarazione di Riga, che ha posto le basi per una nuova regolamentazione e per l'affermazione di nuovi principi europei a fondamento del settore si sottolineava il dato evidente, dal quale partire per interpretare l'evoluzione del mercato degli UAV, della imprescindibile accettazione da parte della popolazione, posto che «*public acceptance is key to the growth of drone services*». Inoltre, nella Dichiarazione si sottolineano le importanti ricadute in termini di benefici sociali, le opportunità in termini di investimenti innovativi per la popolazione, il rinnovato slancio che investirebbe tutta la ricerca sulle nuove tecnologie, tutti fattori che rendono fondamentale e imprescindibile una regolamentazione uniforme del settore a livello europeo<sup>33</sup>.

Pur se applicati, da principio in ambito militare, come abbiamo visto, si può dire che oggi i droni abbiano un campo di utilizzo molto vasto e flessibile soprattutto nell'ambito civile, essenzialmente in virtù di due ordini di ragioni: per la possibilità, da un lato, di ridurre i costi operativi a parità di prestazioni con i mezzi pilotati da esseri umani; dall'altro, per la possibilità di raggiungere luoghi altrimenti inaccessibili, dove sarebbe a rischio l'incolumità fisica dei piloti (ad es. in zone contaminate, impervie o di guerra).<sup>34</sup>

In tal modo, può dirsi che in ambito civile le molteplici potenzialità di utilizzo dei droni, in crescita costante - a tratti esponenziale-, riguardano sia il settore pubblico sia quello privato, in particolare commerciale. In relazione agli interventi concernenti il settore pubblico si pensi a quelli con finalità di *search and rescue*, di contrasto ai reati ambientali, nel vasto campo del controllo civile del territorio, che richiedono una particolare tempestività, dalla sorveglianza degli incendi boschivi al monitoraggio

<sup>32</sup> F. CECCARELLI, *Un futuro migliore con tanti droni per tutti (anche fatti in casa)*, in *Il venerdì di Repubblica*, 30 maggio 2014, p. 11.

<sup>33</sup> Comunicazione della CE sull'apertura del mercato dei sistemi aerei a pilotaggio remoto (RPAS), COM (2014) 207 concernente "Una nuova era per l'aviazione - Apertura del mercato dell'aviazione all'uso civile di sistemi aerei a pilotaggio remoto in modo sicuro e sostenibile". V. anche il parere EESC TRAN/553 del 15 ottobre 2014.

<sup>34</sup> Cfr. B. FRANCHI, *Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità - I Parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 0732B.

delle aree urbane, all'attività di prevenzione delle catastrofi naturali, dei vulcani, all'ispezione degli elettrodotti, alla mappatura del territorio, alle attività antibraconaggio, ecc.<sup>35</sup>

In campo più strettamente privato, invece, si può far riferimento ad attività di monitoraggio e ispezione di edifici ed infrastrutture, «delle reti ferroviarie e autostradali, l'agricoltura di precisione, il giornalismo e le *media companies*, la fotografia aerea, l'elaborazione di mappe digitali»<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Le molteplici applicazioni della tecnologia relativa ai droni hanno trovato forse un campo d'elezione nelle attività di prevenzione e di controllo riguardanti la tutela dell'ambiente. Si pensi al controllo del territorio e all'individuazione delle discariche abusive, alle attività di pesca notturna in fiumi e luoghi inquinati o al contrasto nei confronti di attività (illecite) di braconaggio, recentemente al centro dell'attenzione anche da parte del Ministero. Segnatamente, va almeno citato a tal proposito – come esempio di attività condotta dalle pubbliche amministrazioni con l'ausilio determinante della tecnologia sui droni - il Piano di azione nazionale per il contrasto agli illeciti contro gli uccelli selvatici, noto in modo atecnico come piano antibraconaggio, varato dal governo nel marzo 2017, in attuazione della Strategia nazionale per la biodiversità, al fine di contrastare le attività illecite nei confronti degli uccelli selvatici, ponendosi come obiettivi più immediati: il potenziamento del contrasto diretto e indiretto alle attività illegali contro l'aviofauna, la prevenzione delle suddette attività, il monitoraggio dell'attuazione del piano e l'istituzione di una cabina di regia nazionale. Alcune esperienze già condotte in altri Paesi - in particolare il riferimento è a sperimentazioni realizzate in Parchi africani, dove tra i braconieri e i *Ranger* si è innescata una vera e propria guerra, con pesanti ricadute sulla vita delle persone o più in generale sociali - hanno inoltre dimostrato che l'utilizzo dei droni, allo scopo primario di combattere l'attività di braconaggio, produce anche effetti benefici secondari per l'ambiente e per la società, ossia quelli che riguardano ad esempio rilevamenti di precisione, ricerche, conservazione, controllo dei conflitti comunità/fauna selvatica, nonché l'uso commerciale (attività di *marketing*).

Oltre alle attività dirette allo scopo di contrastare il braconaggio, si possono infatti segnalare molteplici effetti positivi derivanti dall'applicazione della tecnologia del drone. Quanto alle attività strettamente considerate di antibraconaggio: il rilevamento di pescatori e/o cacciatori di frodo, nonché di incendi boschivi e di ristoppie; la possibilità di contatto verbale diretto attraverso l'altoparlante con braconieri e/o pescatori di frodo; rilevamenti sull'area e rilevamento di potenziali tracce per dirigere le pattuglie dei Ranger; rilievo di animali di particolare interesse (specie gravemente minacciate, animali problematici, animali feriti, ecc.).

Invece, al fine precipuo della conservazione: foto e video aerei delle aree designate; rilevamento di attività illegali (come estrazione mineraria); rilevamento di inquinamento e rifiuti abbandonati nelle aree di conservazione; mappatura del territorio; controllo del conflitto comunità umane/animali selvatici (PAC, *Problematic Animals Control*), come la presenza di animali pericolosi nelle aree comuni, la possibilità di un rilevamento preventivo mitiga i conflitti uomo/animale. Infine, quanto all'uso commerciale (*marketing* e promozione) i video aerei risultano assai efficaci nella realizzazione di *videoclips* per promuovere le destinazioni turistiche. In particolare, si veda l'esperienza dello Zimbabwe, come riporta G. L. Bauge, *L'utilizzo dei droni nell'antibraconaggio e nella conservazione da parte dello Zimbabwe Parks and Wildlife Management Authority*, in [www.unive.it](http://www.unive.it).

<sup>36</sup> E. PALMERINI, *I droni per uso civile nella prospettiva giuridica: appunti per una sistemazione concettuale e normativa*, in E. PALMERINI - M.A. BIASOTTI - G.F. AIELLO, a cura di, *Diritto dei droni. Regole, questioni e prassi*, cit., spec. pp. 6-7. L'utilizzo in agricoltura, ad esempio, sembra foriero di risultati assai positivi conseguibili in un prossimo futuro per il territorio; infatti i droni vengono già impiegati per il monitoraggio dello stato delle piantagioni e dei sistemi di irrigazione, la ricerca sempre più avanzata ipotizza inoltre la possibilità di utilizzarli per irrorare pesticidi e fertilizzanti. Sicchè, il potenziale di impiego in campo agricolo si presenta molto interessante, non soltanto per la flessibilità di tali sistemi, "ma anche perché il loro impiego su estese aree agricole presenta, sotto il profilo della pubblica incolumità, rischi sensibilmente più bassi rispetto ad un impiego effettuato in aree urbane o comunque in aree fortemente popolate". Così B. FRANCHI, *Gli aeromobili a pilotaggio remoto: profili normativi ed assicurativi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 1770B.

Ed ancora, tra le tante possibili applicazioni dei droni negli Stati Uniti, ad esempio, sono state sperimentate la sorveglianza delle frontiere terrestri e del traffico stradale, preziosi alleati dalla protezione civile anche per la lotta agli stupefacenti o al contrabbando.

Proprio in riferimento alle potenzialità di sviluppo per l'industria e per il mercato, - oltre che ai benefici, ad esempio per i lavoratori, che si troverebbero meno esposti a pericoli nello svolgimento delle proprie mansioni, - che sembrano essere illimitate, la tecnologia innovativa che si occupa di sviluppare i droni è stata definita nei termini di "*truly transformational technology*"<sup>37</sup>.

Negli ultimi anni, tuttavia, lo sviluppo considerevole e al tempo stesso assai repentino del mercato dei droni ha comportato problemi sia di ordine attuativo, sia in relazione alla normativa concretamente applicabile, che sembra possa ricondursi per un verso alla normativa vigente nel settore aeronautico per gli aeromobili tradizionali, per altro verso a normative emanate *ad hoc*. Si deve poi aggiungere un rilievo concernente la grande eterogeneità di mezzi che possono essere riconducibili all'ampia generale nozione di "drone", che ricomprende mezzi di ridottissime dimensioni e mezzi che possono agevolmente essere comparati a velivoli dell'aviazione commerciale; mezzi che sono stati progettati e costruiti *ab initio* per l'utilizzo senza pilota e aeromobili tradizionali convertiti in seguito in UAV.

D'interesse risultano anche le modalità di utilizzo del drone, che può essere totalmente automatica, secondo sistemi operativi programmati nel computer di bordo, oppure sotto il controllo di una stazione remota (basata a terra, su una nave, su un aeromobile) ed, in questo caso, la stazione remota sembra presentare caratteristiche assai simili ad una cabina di pilotaggio, con la differenza che si opera a distanza e con l'ausilio delle onde elettromagnetiche, mentre per il resto il pilota, pur da remoto, può interfacciarsi con gli enti di controllo del traffico aereo.

Si pensi infine alla questione - che si approfondirà *infra* - assai dibattuta, anche in dottrina, dell'utilizzo dei droni ai fini di controllo dei comportamenti nell'emergenza sanitaria attualmente in atto. I droni, ritenuti da parte di taluni troppo invasivi per la *privacy*, sarebbero in realtà utilizzabili anche al fine di spruzzare disinfettanti antivirali negli spazi pubblici: al fine di predisporre sistemi in grado di contrastare il

---

<sup>37</sup> Cfr. *Riga Declaration on remotely piloted aircraft (drones) "Framing the future of aviation"*, Riga, 6 marzo 2015.

Covid 19 è attualmente in fase avanzata di studio in Usa una tecnologia basata su una ricerca scientifica australiana, volta a scansionare folle di persone per monitorarne la temperatura, i battiti cardiaci, la tosse e la pressione sanguigna.

Il problema preliminare che si pone è quello della qualificazione giuridica degli UAV, ossia se possano identificarsi *de plano* nella disciplina degli aeromobili o se tale identificazione concettuale si risolva invece in una mera *fictio iuris*. In realtà, sembra rilevare, in questa difficoltà di tracciare netti confini giuridici anche l'estrema differenza - relativa peraltro alla stessa dimensione dei mezzi, che può essere ben lontana da quella di un aeromobile - tra UAV, posto che alcuni di essi, come abbiamo accennato, si avvicinano a semplici aeromodelli.

La definizione giuridica di "drone" comporta in realtà non pochi profili critici, posto che essa concerne aeromobili anzitutto, non deputati al trasporto di persone. Il codice della navigazione nel definire l'aeromobile, nelle disposizioni di cui all'art. 743, sembra privilegiare il riferimento alla destinazione al trasporto rispetto a quello dell'attitudine al trasporto, previsto dalla originaria versione del 1942, con ciò implicando un netto *favor* verso una restrizione della categoria degli aeromobili alle macchine non soltanto atte al trasporto, ma allo stesso effettivamente destinate<sup>38</sup>.

Infatti mentre il concetto di attitudine si identifica nella mera capacità del mezzo di effettuare il trasferimento di persone o cose da un luogo all'altro, altra cosa pare la destinazione, che attiene al profilo teleologico e che si sostanzia in una situazione di fatto, ossia la concreta destinazione al trasporto, posta in essere dalla volontà dell'uomo<sup>39</sup>.

La dottrina<sup>40</sup> si è spinta a ritenere equiparabili - sotto il profilo della qualificazione giuridica - gli UAV di medie e grandi dimensioni agli aeromobili, possedendo infatti essi, oltre ai requisiti di tipo tecnico richiesti dall'ordinamento aeronautico, anche il requisito funzionale della destinazione al trasporto. Di conseguenza, non parrebbe *fictio juris* il processo di assimilazione degli UAV agli aeromobili. Peraltro, sembra che possa agevolmente tracciarsi altresì il discrimine tra UAV e un aeromodello volante, rinvenibile per l'appunto nel momento teleologico: la destinazione di

<sup>38</sup> Parallelamente, anche il concetto di nave di cui all'art. 136 del codice della navigazione sembra andare nella stessa direzione.

<sup>39</sup> B. FRANCHI, *Aeromobili senza pilota (UAV: inquadramento giuridico e profili di responsabilità-II Parte)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1213 B.

<sup>40</sup> B. FRANCHI, *Aeromobili senza pilota (UAV: inquadramento giuridico e profili di responsabilità-II Parte)*, cit.

quest'ultimo è infatti quella dell'esercizio delle attività ludiche, da svolgersi all'interno di un'area ben limitata rispetto alla stazione radiotrasmittente.

Quanto alla normativa europea, si segnala una recente riforma del settore che ha riguardato anche il ripensamento della struttura dell'Agenzia per la sicurezza aerea e che consta di un regolamento di base e altri di dettaglio, nella prospettiva di assicurare sempre maggiore competitività al settore, pur nel rispetto degli standard di sicurezza. Infatti il regolamento UE 2018/1139<sup>41</sup>, c.d. "nuovo regolamento basico", che reca norme comuni nel settore dell'aviazione civile e istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per la sicurezza aerea, per la prima volta consente agli aeromobili senza equipaggio a bordo, riconosciuti come importanti leve per lo sviluppo dell'aviazione civile e per la creazione di nuovi posti di lavoro, il volo – in condizioni di sicurezza e nel rispetto dell'ambiente e della *privacy* - nello spazio aereo europeo.

Al fine di assicurare standard uniformi a livello sovranazionale e nel rispetto del principio di concorrenza, il regolamento conferisce alla Commissione il potere di adottare, in materia di droni, specifici atti di implementazione (art. 57)<sup>42</sup> e delegati (art. 58)<sup>43</sup>, idonei a definire le norme di dettaglio, in funzione delle differenti realtà operative. Considerato che la materia viene pressochè avocata in *toto* a livello centrale - viene eliminata la distinzione tra UAV inferiori e superiori ai 150 chilogrammi, semplificando il preesistente regime, posto che indipendentemente dalla loro massa operativa i droni utilizzano lo stesso spazio aereo degli aeromobili con equipaggio - le normative dei Paesi membri in materia di droni subiranno dunque una decisa compressione e saranno destinate ad essere abrogate o ridimensionate qualora risultassero in contrasto con il regolamento europeo.

Le competenze dell'UE erano limitate agli aeromobili senza equipaggio superiori a 150 chilogrammi, ma la situazione estremamente diversificata da Paese a Paese per droni più leggeri, con regole di sicurezza nazionali diverse e frammentate, ha indotto il legislatore europeo ad avocare a livello sovranazionale la competenza regolatoria anche per i droni sotto i 150 chilogrammi. Per tal via agli Stati membri resta il compito di vigilare sull'applicazione della normativa europea, oltre alla possibilità di

<sup>41</sup> Del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2018.

<sup>42</sup> V. il regolamento di esecuzione n. 947 del 2019 del 24 maggio 2019 relativo a norme e procedure per l'esercizio di aeromobili senza equipaggio.

<sup>43</sup> V. il regolamento delegato n. 945 del 2019 del 12 marzo 2019, relativo ai sistemi aeromobili senza equipaggio e agli operatori di paesi terzi di sistemi aeromobili senza equipaggio.

interdire il sorvolo di alcune aree protette del proprio territorio. Infine, deve tuttavia segnalarsi che la riforma appena illustrata sembra attualmente incompleta, cosa che ha lasciato smarriti gli operatori del settore, considerato che il nuovo regolamento europeo di esecuzione sui droni - emanato sulla base dell'art. 57 del regolamento 2018/1139 - n. 947 del 2019<sup>44</sup>, del 24 maggio 2019 relativo a norme e procedure per l'esercizio di aeromobili senza equipaggio, che sarebbe dovuto entrare in vigore dal 1° luglio 2020 in tutti i Paesi della UE, Italia compresa, è stato invece rinviato nell'efficacia al 1° gennaio 2021<sup>45</sup>.

### **3. Profili di rilievo per il diritto amministrativo. La pubblica amministrazione committente.**

L'utilizzo dei droni, man mano che si avvia a far parte delle normali attività consentite ai cittadini e che comincia a profilarsi di estrema utilità anche per alcuni servizi previsti dalle pubbliche amministrazioni - nel momento in cui si è stemperata l'iniziale accezione negativa legata all'uso che era inteso perlopiù circoscritto in zone di guerra, - sembra conquistare nuovi spazi nel dibattito dottrinario e assumere un significato sempre più rilevante anche in relazione ad alcune problematiche proprie del diritto amministrativo.

È fuor di dubbio che l'inevitabile sviluppo del mercato dei droni comporti un altrettanto determinante coinvolgimento delle amministrazioni pubbliche, sia in veste di committenti sia in veste di regolatrici. Conseguentemente la disciplina giuridica dell'uso e della commercializzazione dei droni - presumibilmente - subirà una progressiva estensione rispetto a pochi anni fa, in cui essa mirava essenzialmente a regolamentare i meri profili di sicurezza ed ordine pubblico del cielo. In tal modo

---

<sup>44</sup> Tra le altre novità, nel regolamento vengono utilizzati criteri del livello di rischio e altri criteri per definire tre categorie di operazioni: le categorie "aperta", "specificata" e "certificata". Al fine di attuare un approccio basato sul rischio, inoltre, l'UE riconosce la necessità di applicare il principio di proporzionalità, lasciando «un certo margine di flessibilità agli Stati membri per quanto riguarda le operazioni di aeromobili senza equipaggio, tenendo conto delle diverse caratteristiche locali nell'ambito di ciascuno Stato membro, quali la densità di popolazione, garantendo al tempo stesso un adeguato livello di sicurezza» (Considerando n. 27).

<sup>45</sup> Tra i punti più degni di menzione del regolamento, miranti ad una semplificazione del settore nella prospettiva di consentire uno sviluppo ulteriore del mercato dei droni: non ci sarà più differenza tra drone usato a scopo ludico e drone ad uso professionale. Se adoperati per le operazioni considerate a basso rischio (*Open Category*) non dovrà più conseguire l'attestato presso la scuola di volo ma dovrà seguire un corso *online* e superare un test finale composto da domande a risposta multipla.

nei prossimi anni si preannuncia fondamentale il ruolo delle pubbliche amministrazioni per i profili del mercato dei servizi resi mediante droni: infatti proprio le piccole e medie dimensioni di taluni enti pubblici territoriali costituiscono il committente tipico di servizi da svolgere tramite droni<sup>46</sup>.

Oltre ai “droni di Stato”<sup>47</sup>, infatti, si vanno distinguendo altre categorie di droni, quanto alla sfera soggettiva: sono infatti sempre più diffusi i droni degli enti locali, con finalità di controllo e monitoraggio del territorio ed infine droni impiegati per attività di pubblico interesse da soggetti privati per conto delle pubbliche amministrazioni, - queste attività riguardano spesso le Agenzie regionali per la protezione dell’ambiente - esempi di *outsourcing* effettuati tramite contratti di appalto, per commissionare a soggetti privati «attività di riprese aeree, rilievi ambientali ed archeologici, di fotogrammetria, ispezioni di infrastrutture, di *city sensing* e di *near mapping*»<sup>48</sup>.

Va tuttavia rimarcata la circostanza per la quale l'Agenda digitale italiana almeno in un primo momento ha mostrato sostanziali differenze, sia in termini di obiettivi sia per l'evidente ritardo, rispetto all'Agenda digitale europea<sup>49</sup>. Quest’ultima, - si precisa - è parte di una più ampia strategia *Europa 2020*, che rappresenta una politica nel lungo periodo nella quale le pubbliche amministrazioni dei Paesi dell'Unione europea, efficienti e *smart*, ricopriranno un ruolo primario<sup>50</sup>. Nella prospettiva, invece, che risulta volta ad una trasformazione della pubblica amministrazione, in senso più moderno e maggiormente in linea rispetto agli obiettivi fissati dall'Agenda digitale europea, va segnalata l'introduzione del concetto di *smart landscape*, verso la realizzazione di un modello più dinamico di *governance*, che determinerà abbastanza verosimilmente anche un ripensamento delle funzioni della pubblica amministrazione e dell'organizzazione amministrativa.

<sup>46</sup> Cfr. G.F. AIELLO, *Regolatore e committente: il duplice ruolo delle pubbliche amministrazioni nel sostegno allo sviluppo dell'industria dei SAPR*, in E. PALMERINI - M.A. BIASOTTI - G.F. AIELLO, a cura di, *Diritto dei droni. Regole, questioni e prassi*, cit., p. 355.

<sup>47</sup> Gli unici previsti nell’ambito del codice della navigazione, tutti gli altri droni sarebbero regolati dall’Enac.

<sup>48</sup> Così G. SCHNEIDER, *La nozione dei “droni pubblici”*: lo stato dell’arte al crocevia tra norme, prassi e problemi di privacy, in E. PALMERINI - M.A. BIASOTTI - G.F. AIELLO, a cura di, *Diritto dei droni. Regole, questioni e prassi*, cit., spec. p. 433. Queste attività riguardano spesso le Agenzie regionali per la protezione dell’ambiente.

<sup>49</sup> Come osserva V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, cit., spec. p. 56.

<sup>50</sup> Così V. BRIGANTE, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, cit., p. 61.

In questa prospettiva di modernizzazione e di diffusione sul territorio delle innovazioni tecnologiche basate anche su sistemi di intelligenza artificiale, il Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2020-2022<sup>51</sup> - che indica le linee di azione per promuovere la trasformazione digitale del settore pubblico e del Paese - introduce per la prima volta una sezione dedicata alle amministrazioni che stanno affrontando progettualità in un'ottica di soluzioni *smart* per i servizi, attraverso processi che stimolino la domanda pubblica e accrescano la competitività dei territori. Il Piano sembra traghettare il concetto di *smart city* verso il modello più ampio e inclusivo di *smart landscape*, al fine di rendere interoperabili le soluzioni verticali sviluppate e pervenire alla fine di questo processo ad una gestione intelligente e sicura della mobilità delle persone e delle merci. Il cambiamento di modello e l'ampliamento della prospettiva consentirà in tal modo di avviare la transizione da un modello statico, con al centro cittadini e imprese, ad un modello dinamico di *governance* delle relazioni tra entità (persone, enti regolatori, imprese, dispositivi, etc.).

Si deve infatti aggiungere che innovazione e trasformazione digitale sono concetti strettamente interconnessi, quasi due facce della stessa medaglia, ormai inscindibili: pertanto il Piano per l'informatica va letto congiuntamente alla Strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese 2025 pubblicata dal Ministero dell'Innovazione all'inizio del 2020, sicché in questo nuovo scenario per la pubblica amministrazione risultano essere almeno tre i principali aspetti che la Strategia 2025 e il Piano triennale si accingono ad affrontare.

Un primo aspetto riguarda le prospettive di evoluzione e di sviluppo economico dei territori attraverso la creazione di *smart community*<sup>52</sup>, posto che le città possono

---

<sup>51</sup> Il Piano triennale approvato con DPCM 17 luglio 2020, nel proseguire gli indirizzi contenuti nelle due versioni precedenti - laddove la prima edizione poneva l'accento sull'introduzione del Modello strategico dell'informatica nella PA e la seconda si proponeva di dettagliare l'implementazione del Modello - la terza versione del Piano triennale si focalizza sulla realizzazione delle azioni previste. Le linee strategiche del Piano intendono infatti favorire lo sviluppo di una società digitale, in cui i servizi mettono al centro i cittadini e le imprese, attraverso la digitalizzazione della pubblica amministrazione, che costituisce il motore di sviluppo per tutto il Paese; promuovere lo sviluppo sostenibile, etico ed inclusivo, attraverso l'innovazione e la digitalizzazione al servizio delle persone, delle comunità e dei territori, nel rispetto della sostenibilità ambientale; contribuire alla diffusione delle nuove tecnologie digitali nel tessuto produttivo italiano, incentivando la standardizzazione, l'innovazione e la sperimentazione nell'ambito dei servizi pubblici.

<sup>52</sup> Per *smart community* si intende una comunità impegnata ad utilizzare soluzioni informatiche per trasformare la vita e il lavoro sul suo territorio, sperimentando modalità innovative di comunicazione fra cittadini e amministrazioni, nuove modalità di erogazione dei servizi ai cittadini, nonché nuove forme di collaborazione e progettazione partecipata.

avere un ruolo primario nell'indirizzare l'innovazione al fine di migliorare la qualità della vita dei cittadini, innovare il contesto imprenditoriale del territorio nazionale, generare un impatto rilevante sull'efficienza della pubblica amministrazione, secondo criteri generali di accessibilità, innovazione e scalabilità<sup>53</sup>.

Un secondo aspetto riguarda l'impegno che le p.a. dovranno esprimere nello sviluppo di un *know how* diffuso sulle tecnologie alla base dell'intelligenza artificiale, della sicurezza informatica, del 5G e della robotica, che si baserà sullo strumento operativo costituito dalla costruzione di una Rete dei poli di innovazione<sup>54</sup>.

L'obiettivo è quello di aggregare e promuovere le diverse tecnologie e competenze in modo multidisciplinare secondo il paradigma dell'*open innovation*, dove il *know-how* non è di pochi, ma è costruito per aggregazione di contributi provenienti da diverse aziende, *startup* innovative, Università e centri di ricerca, p.a. e cittadini stessi, in un'ottica di sinergia e specializzazione<sup>55</sup>. Un ultimo aspetto si riferisce al principio di innovazione per il bene comune, il quale si basa sul presupposto della condivisione degli *asset* tecnologici innovativi presenti nel Paese (ad esempio gallerie del vento, acceleratori di particelle, microscopi di precisione, ecc.): occorre investire per aumentare la consapevolezza delle potenzialità di tali risorse e per definire strumenti e modalità che le rendano accessibili ad altre amministrazioni centrali e locali, a centri di ricerca e Università, ad aziende medio-piccole, a *start-up*.

La fondamentale sinergia con il mondo della ricerca e con le azioni del prossimo Programma Nazionale per la Ricerca 2021-2027 sembra ben rappresentare il doppio ruolo assunto dalla pubblica amministrazione: quello di primo facilitatore

---

<sup>53</sup> Un esempio concreto è rappresentato dal programma *Smarter Italy*, avviato dal Ministero dello Sviluppo Economico, in collaborazione con AGID, MID e MUR, che intende sperimentare nuove soluzioni tecnologiche, accanto a meccanismi di open innovazione e appalto innovativo (*smart procurement*) per i territori. *Smarter Italy* opererà inizialmente su tre direttrici: la mobilità intelligente (*Smart mobility*), il patrimonio culturale (*Cultural heritage*) ed il benessere e la salute dei cittadini (*Wellbeing*), per estendere progressivamente i processi di digitalizzazione all'ambiente, alle infrastrutture e alla formazione.

<sup>54</sup> La Rete necessita di una forte collaborazione tra tutti gli attori a livello interministeriale, con le Università e i Centri di ricerca, con analoghe reti a livello europeo, ed è costituita da tutte le progettualità che mirano allo sviluppo e al continuo miglioramento di competenze tecnologiche sia nelle p.a., sia nel tessuto industriale delle PMI.

<sup>55</sup> Le eccellenze dei territori, a propria volta, permetteranno di creare *Competence Center* e futuri *hub* tecnologici *cross industries* - sviluppati attraverso partnership pubblico-privato e in coordinamento con i Ministeri competenti (MID, MUR e MISE): test e sperimentazioni (test before invest), formazione e sviluppo di competenze digitali avanzate, sostegno all'accesso ai meccanismi di finanziamento, sviluppo di reti ed ecosistemi di innovazione, sostegno alla digitalizzazione dell'organizzazione della pubblica amministrazione e dei servizi pubblici con soluzioni di interoperabilità, costituiranno le progettualità che serviranno ad incubare servizi e soluzioni per accrescere la competitività del settore pubblico e del tessuto produttivo e industriale.

dell'accesso a risorse tecnologiche innovative e quello di utilizzatore, che ha la finalità di esplorare nuove modalità di erogazione di beni e servizi della p.a. stessa, massimizzando i benefici collettivi<sup>56</sup>. Sicché, gli strumenti e i modelli di innovazione dei processi della p.a. agevolano i programmi di ricerca e sviluppo pubblici e privati e questi, a propria volta, incidono sulla competitività del tessuto produttivo del Paese, innescando un vero e proprio circolo virtuoso: l'*Open Innovation Procurement* applicato alle *smart cities* ed in futuro ad altre applicazioni verticali ne è un chiaro esempio.

Vanno a questo proposito rammentate le molteplici funzioni svolte dalle pubbliche amministrazioni che vengono valorizzate da questo processo di innovazione tecnologica sempre più spinto, che ben viene rappresentato nel settore dei droni. Esse, lungi dal potersi configurare alla stregua di mere esecutrici delle norme e delle politiche pubbliche, al contrario, mostrano di ricoprire un ruolo di promozione e impulso determinante dei processi legislativi, concorrendo alla elaborazione degli indirizzi politici e amministrativi, esercitando poteri di regolazione attraverso l'emanazione di atti normativi secondari, gestendo procedimenti amministrativi ed emanando provvedimenti individuali al fine della realizzazione e cura degli interessi pubblici. Inoltre le pubbliche amministrazioni organizzano o erogano direttamente servizi essenziali ai cittadini; acquistano sul mercato beni, servizi, programmano e realizzano opere pubbliche strumentali alle proprie attività o messe a disposizione dei cittadini e utenti<sup>57</sup>.

La pubblica amministrazione infatti può limitarsi, per così dire passivamente, ad acquistare i beni e servizi disponibili sul mercato oppure può, creativamente, commissionare lo sviluppo di soluzioni operative nuove e maggiormente in linea con le necessità che via via vengono in rilievo nell'ambito del settore pubblico<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> V. Piano triennale per l'informatica, p. 55.

<sup>57</sup> M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 159. D'altra parte, l'a. nota che il rischio del ruolo centrale svolto dalle p.a. nella vita economica e sociale dei cittadini possa comportare anche ritardi ed ostacoli altrettanto importanti. Infatti, «i rapporti tra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni condizionano ogni aspetto della vita sociale che può risultare avvincente da “lacci e laccioli” insopportabili ove gli apparati burocratici, lungi da fungere da “facilitatori”, non svolgono i propri compiti in modo efficiente e tempestivo». Sul tema cfr., in una prospettiva più ampia, ID., *Istituzioni, nuove tecnologie e sviluppo economico*, Lezione magistrale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2017.

<sup>58</sup> Così G.F. AIELLO, *Regolatore e committente: il duplice ruolo delle pubbliche amministrazioni nel sostegno allo sviluppo dell'industria dei SAPR*, cit., spec. p. 357.

I vantaggi per l'interesse pubblico, in questo secondo caso, si prospettano infatti assai più interessanti rispetto all'acquisto di ciò che è già esistente sul mercato, si aggiunga che si può intravedere una sorta di doverosità in relazione all'utilizzo di tecnologie innovative nell'ambito della pubblica amministrazione, sempre laddove sia possibile ed economicamente conveniente<sup>59</sup>.

In realtà, a livello europeo sin dal 2011, con il libro verde sulla modernizzazione della politica dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, si è evidenziata la strategia della Commissione europea per la quale gli appalti pubblici avrebbero dovuto realizzare entro il 2020 un'economia sociale di mercato basata sulla conoscenza e sull'innovazione. Proprio alla normativa sugli appalti pubblici, in questa prospettiva, si è affidato il compito di stimolare la competizione tra le imprese negli ambiti della conoscenza, dello sviluppo tecnologico e della ricerca, così come risulta dalle direttive sugli appalti del 2014<sup>60</sup>. In questo senso si inserisce la norma di cui all'art. 65 del codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che - apportando nuova flessibilità negli appalti - introduce il partenariato per l'innovazione, come previsto nell'art. 31 della direttiva 2014/24/UE, ed è "volta a facilitare la conduzione di transazioni originali e rischiose"<sup>61</sup>, utilizzando le potenzialità del settore privato, considerato che l'esigenza del soggetto pubblico non è soddisfacibile attraverso soluzioni già presenti sul mercato, che pertanto viene sollecitato alla ricerca<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> V. S. FANTINI, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 955 ss. Cfr. inoltre J. EDLER - L. GEORGHIOU, *Public Procurement and Innovation. Resurrecting The Demand Side*, in *Research Policy*, 2007, p. 949 ss.

<sup>60</sup> Sul punto cfr. I. LOCATELLI, *Process Innovation under the new Public Procurement directives*, in G. M. RACCA - C. R. YUKINS (a cura di) *Public contracting and innovation. Lessons across borders*, in *Droit Administratif/Administrative Law Collection* (diretto da J.B. Auby), Bruxelles, Bruylant, 2019. Cfr., inoltre, G.M. RACCA - S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 33 ss. e R. CAVALLO PERIN, *Relazione Conclusiva*, in *Atti del Convegno: Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove direttive*; ID., *I servizi pubblici locali: modelli di gestione e destino delle utilities*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici ordinamenti in Europa*, Napoli, 2014, 32 ss.

<sup>61</sup> La direttiva 2014/25/UE, relativa agli appalti nei settori speciali, ha dunque confermato la possibilità di utilizzo della procedura negoziata competitiva, aggiungendovi anche il ricorso al dialogo competitivo e la previsione dei partenariati per l'innovazione; infine la direttiva 2014/23/UE, in materia di concessioni, ha affermato espressamente che, ai fini della cernita del concessionario, l'amministrazione aggiudicatrice può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. Cfr. sul tema M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 35 ss.

<sup>62</sup> In tal modo, le amministrazioni aggiudicatrici che necessitano di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi avviano una procedura di lunga durata, suddivisa in fasi per la verifica dei risultati intermedi, caratterizzata da una stretta cooperazione pubblico-privato per la negoziazione delle proposte e delle offerte.

In tal modo possono intendersi i “nuovi” appalti pubblici, che si collocano ormai oltre una concezione meramente contabile, bensì alla stregua di importante strumento legale al servizio dell'amministrazione volto a garantire la più efficiente e immediata realizzazione dei suoi scopi o politiche pubblici<sup>63</sup>. A ciò si aggiunga che – in considerazione del grande *favor* che il legislatore europeo<sup>64</sup> ha da ultimo mostrato per le scelte fondate sull'innovazione - dalle “esperienze di aggregazione nazionale si è tratto lo spunto per l'introduzione di collaborazioni ben più complesse, anche transfrontaliere e transnazionali fondate sull'utilità di attività di *benchmarking*, per superare le segmentazioni di mercato e condividere il rischio dell'innovazione”<sup>65</sup>. Queste considerazioni originano dalla constatazione per la quale i modelli di gara tradizionali sembrano perlopiù ostacolare (anziché fortemente sospingere verso) gli appalti strategici, comportando peraltro la frammentazione della domanda pubblica e del potere d'acquisto tra diverse amministrazioni aggiudicatrici operanti in ambiti nazionali o locali con scarse risorse a disposizione.

Malgrado ciò, da ultimo sembra si possa intravedere l'affermazione di un modello più moderno e flessibile in materia di appalti, infatti il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120 e recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» pare assegnare un ruolo strategico alla sburocratizzazione e agli appalti per la ripresa dopo il Covid 19, prevedendo una serie di deroghe alla normativa del codice per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale<sup>66</sup>. Tra le misure previste volte alla

---

<sup>63</sup> Cfr. J. M. GIMENO FELIU, *La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación*, in *Ius Publicum Network Review*, 1/2018.

<sup>64</sup> «Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente e con la maggior frequenza per stimolare l'innovazione. L'acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale. (...)», come dispone la direttiva appalti Ue 24/2014 (Considerando 47).

<sup>65</sup> G.M. RACCA- S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, cit. Al fine di creare nuove forme di collaborazione in ambito sovranazionale va segnalata anche la istituzione di un Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale (GECT) tra amministrazioni aggiudicatrici o organismi di diritto pubblico per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nei contratti pubblici nello spazio amministrativo europeo. Cfr. Sul tema R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv.it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, p. 1457 ss.

<sup>66</sup> In particolare si veda l'art. 36: «Misure di semplificazione amministrativa per l'innovazione 1. Al fine di favorire la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, nonché lo sviluppo, la diffusione e l'impiego delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico, le imprese, le Università, gli enti di ricerca, pubblici e privati, e le società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari di cui all'articolo 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, che intendono sperimentare iniziative attinenti all'innovazione tecnologica e alla digitalizzazione, possono presentare alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri

semplificazione e a favorire la ripresa dell'economia, vi è una forte pressione verso l'innovazione, non soltanto digitale, che appare già nel nome del decreto, ma l'innovazione in tutte le forme, intesa come ricerca sulle tecnologie emergenti e concernente iniziative ad alto valore tecnologico.

In questa prospettiva gli appalti innovativi, per ciò che riguarda più da vicino l'oggetto d'indagine, così come le procedure previste dalla legislazione comunitaria e nazionale sembrano aprire ad una vera rivoluzione rispetto alle tradizionali modalità d'acquisto, ma anche in relazione all'oggetto degli acquisti della pubblica amministrazione, comprensivi degli appalti pre-commerciali e degli appalti pubblici di soluzioni innovative.

Tramite gli appalti innovativi, la p.a. sembra lanciare una sorta di "sfida al mercato"<sup>67</sup>, esprimendo il proprio fabbisogno in termini funzionali, in modo che gli operatori interessati possano proporre la soluzione più in linea rispetto alle esigenze della p.a..

È assai evidente, infatti, il ruolo potenzialmente propulsivo per l'innovazione svolto dalla pubblica amministrazione nella normativa sugli appalti pubblici, considerato che in taluni settori sono poco frequenti gli investimenti da parte di soggetti privati e pertanto la domanda pubblica di beni e servizi innovativi può costituire un importante impulso, forse l'unico possibile in taluni settori specifici, per lo sviluppo di prodotti nuovi, ciò è sicuramente vero nel settore dei droni.

In relazione all'attuale fase di emergenza causata dal Covid-19 a maggio 2020 è stato firmato un protocollo d'intesa - dal Ministero dello Sviluppo economico, dal Ministero dell'Università e della Ricerca e dal Ministero per l'Innovazione Tecnologica e la Digitalizzazione<sup>68</sup>, che si impegnano a promuovere l'utilizzo delle procedure d'appalto per l'innovazione - primo atto d'indirizzo di Governo, a livello

---

competente per la trasformazione digitale i relativi progetti, con contestuale domanda di temporanea deroga alle norme dello Stato, diverse da quelle di cui al comma 3, che impediscono la sperimentazione». *Omissis*.

<sup>67</sup> Questo è il termine adoperato sul sito dell'Agenzia per l'Italia digitale <https://www.agid.gov.it/agenzia/appalti-innovativi>. Si segnala inoltre *Appaltinnovativi.gov*, la Piattaforma per gli appalti di innovazione prevista dal d.p.c.m. 21 febbraio 2019, Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2019-2021. La Piattaforma supporta inoltre le azioni di *Open Innovation* e *Innovation Procurement* individuate dal Piano nazionale dell'Innovazione - 2025 - Strategie per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese.

<sup>68</sup> Cfr. <https://innovazione.gov.it/MISE-MUR-e-MID-promuovono-appalti-innovativi-su-mobilit%C3%A0-salute-e-beni-culturali/>. Si è già prevista la partenza del programma *Smarter Italy*, avviato con l'accordo MiSE-AgID, che vanta una dotazione finanziaria iniziale di 50 milioni di euro e prevede il lancio di gare d'appalto innovative con lo scopo di soddisfare le esigenze espresse dalle città e dai borghi iniziando con tre aree d'intervento: *smart mobility*, beni culturali, benessere delle persone.

europeo, che riconosce agli appalti pubblici la capacità di stimolare una crescita intelligente e inclusiva, al fine di riprogettare la fruibilità delle aree urbane, la mobilità, migliorare la qualità della vita e la salute dei cittadini, ripensare la fruizione dei beni culturali.

L'obiettivo di questa nuova tipologia di appalti, che si differenzia da quelli tradizionali, è l'acquisto non già di prodotti e servizi standardizzati già disponibili sul mercato, ma la promozione della ricerca volta a creare nuove soluzioni per rispondere alle sfide sociali più complesse: sanitarie, ambientali, culturali, formative ed energetiche. Il decreto legge, così come convertito in legge n. 120 del 2020, ha dunque, tra gli altri profili di sicuro rilievo per la una maggiore digitalizzazione e agevolazione del rapporto tra cittadino e p.a., reso concreto il "diritto a innovare", consentendo alle imprese, alle Università, ai centri di ricerca, alle *start-up* universitarie che vogliono avviare la sperimentazione di un loro progetto innovativo, di farlo, per un periodo limitato di tempo, chiedendo una semplice autorizzazione<sup>69</sup> in sostituzione di tutti gli ordinari regimi amministrativi e obblighi di legge<sup>70</sup>. Rientrano in questo regime i progetti di innovazione tecnologica i cui risultati attesi comportano effetti positivi sulla qualità dell'ambiente e della vita dei cittadini.

La norma sembra introdurre una nuova tecnica semplificatoria, che si fonda sulla classica autorizzazione amministrativa e produce deroghe alla legge ordinaria, sotto la vigilanza prudenziale della Presidenza del Consiglio dei Ministri: infatti essa, nel suo intento semplificatorio, genera un effetto definito "rivoluzionario" per l'effetto di derogare alle leggi dello Stato, anche se si prevede una istruttoria *ad hoc* che, al termine della sperimentazione, potrebbe condurre al provvedimento autorizzatorio<sup>71</sup>. Sicché, la necessità di porre nuove sfide al fine di potenziare (anche) il mercato dei droni sembra avere un effetto pienamente innovativo, che si riverbera sulle nuove

---

<sup>69</sup> Il processo autorizzativo semplificato coinvolge il Ministro per l'Innovazione e la Digitalizzazione delegato dalla Presidenza del Consiglio e il Ministero dello Sviluppo economico. Al termine del periodo previsto, in caso di esito positivo, il Governo promuove le modifiche normative e regolamentari per consentire a regime lo svolgimento dell'attività sperimentata.

<sup>70</sup> Nelle disposizioni di cui all'art. 36, comma 3, della legge n. 120 del 2020 viene tuttavia previsto un limite «Con l'autorizzazione di cui al comma 2 non può essere disposta in nessun caso la deroga di disposizioni a tutela della salute, dell'ambiente, dei beni culturali e paesaggistici ovvero di disposizioni penali o del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ne' possono essere violati o elusi vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea o da obblighi internazionali».

<sup>71</sup> Relazione di A. BARONE al Webinar "Covid 19 e misure di semplificazione", 21 settembre 2020, nell'ambito dei colloqui promossi da Aidambiente.

tecniche per la semplificazione, imprescindibile per disciplinare questi nuovi àmbiti innovativi.

Questa misura appena emanata, del tutto nuova, nella sua essenza, rispetto agli schemi tradizionali del diritto amministrativo, seppur sospinta dalla situazione emergenziale, sembra destinata ad avviare un diverso *modus operandi* nei rapporti tra imprese innovative e pubblica amministrazione, fondato su un dialogo costante ed interattivo, che ben si può applicare alla sperimentazione anche nel campo dell'intelligenza artificiale ed in particolare nel settore che riguarda i droni. La nuova tecnica legislativa sembra valorizzare una nuova prospettiva, quella che parte dalla conoscenza dei risultati, per poi approdare al provvedimento autorizzatorio: sicché «il processo non deve partire mai da una regolamentazione che non ha conoscenza delle possibili ricadute di una tecnologia. Fornire questa conoscenza al regolatore è possibile solo attraverso la sperimentazione e l'utilizzo della stessa tecnologia in campi differenti»<sup>72</sup>. In altre parole, soltanto se l'innovazione dimostra di avere un impatto sociale, ambientale ed economico positivo, in linea con gli obiettivi dello sviluppo sostenibile, si procederà a dare impulso ad un aggiornamento del quadro normativo di riferimento.

Sicché gli appalti innovativi risultano strumenti essenziali per aumentare la capacità competitiva delle imprese, in grado di far crescere un'industria all'avanguardia e di conseguenza possono divenire una leva strategica per modernizzare le infrastrutture e i servizi della pubblica amministrazione, determinando oltretutto maggiori investimenti nella ricerca pubblica. Infatti una domanda pubblica qualificata e sfidante favorisce lo sviluppo di nuove potenzialità della ricerca pubblica e industriale, promuove lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi, concorre a garantire la competitività sul mercato internazionale, aprendo sicuramente nuovi spazi all'occupazione di qualità.

E' tuttavia fondamentale che la normativa preveda delle soluzioni *ad hoc* per questo tipo di appalti, posto che l'esigenza di sviluppare beni e servizi innovativi sovente non può essere evasa con gli strumenti giuridici ordinari e si richiede pertanto «una procedura specifica di aggiudicazione degli appalti, che peraltro

<sup>72</sup> Discorso del Ministro dell'Innovazione per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione P. PISANO al *Leonardo Drone Contest*, 23 settembre 2020. Leonardo fa parte del gruppo di lavoro *Urban Air Mobility* che, grazie al protocollo d'intesa stipulato nel 2019 con Enac, ha l'obiettivo di formare un ecosistema per la mobilità aerea innovativa, per migliorare le condizioni di vita dei cittadini.

consenta loro di introdurre varianti al progetto in considerazione dell'importanza dell'innovazione perseguita»<sup>73</sup>.

Quanto alla domanda pubblica, la dottrina ha cercato di classificare di volta in volta differenti tipi di domanda a seconda che essa richieda un'innovazione radicale di una tecnologia esistente, in questo caso si tratta di domanda *developmental*, oppure si tratti di un adattamento di un prodotto di un sistema esistente ad una nuova realtà, in questo caso la domanda si connoterebbe con l'aggettivo *adaptive*<sup>74</sup>.

E' evidente che la pubblica amministrazione sembra ricoprire un ruolo di assoluto rilievo in relazione allo sviluppo dell'innovazione tecnologica nel nostro Paese; in particolare, in materia di droni, ciò implicherebbe una grande responsabilità per la p.a. quanto allo sviluppo della ricerca di tecnologie volte a renderli sempre meno pericolosi, oltre che maggiormente accettati a livello sociale, meno costosi, per via della concorrenza tra operatori economici stimolata appunto dalla domanda pubblica, infine sicuramente più efficienti.

L'amministrazione diverrebbe per tal via un soggetto in grado di riconoscere le proprie esigenze in relazione all'innovazione, anticipando le richieste della società civile, sviluppando il mercato legato ai prodotti innovativi, creando le condizioni ottimali perché si sviluppi una concorrenza leale, agendo in altre parole alla stregua di un *intelligent customer*. Pertanto, si deve ritenere che l'attuazione della strategia di innovazione "Italia 2025", già citata in precedenza, avrà con tutta evidenza un ruolo assolutamente primario tra le prospettive per il prossimo futuro per il raggiungimento di un modello di sviluppo che coinvolga i profili economici, sociali e ambientali. Basata su tre sfide principali – digitalizzazione della società, innovazione del Paese e sviluppo sostenibile - identificate a partire dagli Obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs) delle Nazioni Unite, essa consentirà presumibilmente al mercato dei droni una definitiva affermazione<sup>75</sup>. Tuttavia, com'è noto, nel nostro Paese, prima

---

<sup>73</sup> Cfr. direttiva UE n. 24 del 2014, considerando 46 e 47, cfr. sul punto C. CHIARELLO, *Il partneriato per l'innovazione*, [giustamm.it](http://giustamm.it), 2016.

<sup>74</sup> C. CHIARELLO, *Il partneriato per l'innovazione*, cit.

<sup>75</sup> Le tre sfide sono: una società digitale, dove i servizi mettono al centro i cittadini e le imprese, sono efficienti, facili da usare e da integrare. Un obiettivo per far diventare la digitalizzazione un motore di sviluppo per tutto il Paese e ripensare il rapporto tra lo Stato e le persone; un obiettivo innovazione, che punta su ricerca e sviluppo applicate, favorisce il proliferare di idee, che diventano imprese *hi-tech* italiane e a sostegno delle filiere produttive tradizionali del nostro Paese; uno sviluppo sostenibile e inclusivo, dove l'innovazione è al servizio delle persone, delle comunità e dei territori, nel rispetto della sostenibilità ambientale. Le tre sfide sono state declinate in venti azioni di innovazione e digitalizzazione a cui lavorare unendo le azioni del Ministero per

di potersi parlare di un mutamento radicale di prospettiva, nel senso di accogliere l'innovazione nella p.a., in materia di appalti le amministrazioni pubbliche necessitano di un indifferibile aggiornamento delle competenze – vero *punctum dolens* - e di ingenti investimenti in formazione del personale, «la puntuale omissione dei quali costituisce forse uno dei pochi punti fermi, nel febbrile avvicinarsi delle riforme del codice e della legislazione»<sup>76</sup> sugli appalti.

#### **4.La pubblica amministrazione regolatrice. L'esigenza di una riforma della governance del trasporto aereo: verso un ripensamento della forma giuridica dell'Enac.**

Le problematiche concernenti lo sviluppo del mercato dei droni, nonché la progressiva accettazione degli stessi e la diffusione sempre più rilevante nella società civile, sembrano riverberarsi anche sul ruolo dell'Enac e sulla sua forma giuridica. Infatti, l'ampio dibattito che ne è conseguito tiene conto della trasformazione e dell'ampliamento dei compiti dell'Ente suddetto occorsi nell'ultimo ventennio, a fronte di un sostanziale depauperamento di competenze e di autonomia avvenuto nel corso degli ultimi anni. Segnatamente, si è sottolineata la circostanza per la quale l'attuale veste giuridica di ente pubblico non economico non sarebbe quella più idonea a garantire il complesso espletamento delle funzioni che la legge ha attribuito all'Ente, che con tutta evidenza necessiterebbe di ancor più ampia flessibilità operativa per divenire una vera autorità indipendente nel settore dell'aviazione civile.

Si deve infatti considerare il ruolo sempre più importante per la regolamentazione dei droni assunto dall'Ente nazionale per l'aviazione civile, istituito nel 1997<sup>77</sup> e concepito con mere finalità di tipo regolatorio e con competenze essenzialmente tecniche, - svolge infatti attività di controllo della sicurezza tecnica dei voli<sup>78</sup>, di

---

l'Innovazione a quella di altri Ministeri, pubbliche amministrazioni centrali e locali, enti pubblici, agenzie, aziende private e normali cittadini, per una trasformazione strutturale e radicale del nostro Paese.

<sup>76</sup> Come osserva M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 35.

<sup>77</sup> Decreto legislativo 25 luglio 1997, n. 250, recante l'«Istituzione dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (E.N.A.C.)»

<sup>78</sup> Cfr. sul punto la recente sentenza TAR, Roma, Sez. III, 11 maggio 2020, n. 4913, nella quale si valorizzano i compiti di garanzia dell'Enac: infatti l'Enac, in qualità di Ente nazionale cui è stato normativamente demandato il potere di agire quale Unica Autorità di regolazione tecnica, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione

prevenzione di atti illeciti a terra, di vigilanza sulla qualità dei servizi, di tutela dell'ambiente e del territorio – versando inoltre nella necessità di regolamentare un campo sempre più vasto anche in virtù dello sviluppo, forse inaspettato, della tecnologia legata ai droni e conseguentemente della grande diffusione degli stessi, sia quanto al profilo soggettivo, sia quanto a quello oggettivo.

La giurisprudenza, si deve aggiungere, ha contribuito negli anni a valorizzare l'attività svolta dall'Enac, attribuendo ad esempio alle linee-guida, emanate dall'Ente in base al codice della navigazione e alle regole internazionali sul traffico e sulla sicurezza della navigazione aerea, -volte ad indicare ai Comuni aeroportuali gli obiettivi minimi inderogabili e quelli adattabili alle singole realtà locali, a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, - «la valenza di canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza, tanto più grave, quando sono implicate esigenze di tutela dell'incolumità collettiva»<sup>79</sup>.

Si ricorda però che l'Enac attualmente non risponde al modello tipico di autorità indipendente, poiché con questa denominazione si è soliti indicare «una serie di poteri pubblici che, pur non essendo autorità formalmente giurisdizionali, sarebbero caratterizzati, come queste ultime, dalla funzione di imparziale applicazione della legge, e quindi dalla sottrazione alle direttive degli organi politici»<sup>80</sup>. In realtà questa

---

civile ex art. 687 del c. nav. è, difatti, «tenuto nell'esercizio delle sue funzioni a garantire un livello sufficiente di sicurezza». Cfr. anche, nello stesso senso, cioè quello di conferire grande rilievo alle funzioni svolte dall'ente in questione Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 3 marzo 2017, n. 82 che in relazione alla mancanza di un "piano di rischio", o in pendenza di un procedimento per la sua adozione, afferma che i controlli in ordine alle situazioni che dovrebbero essere regolate dal predetto strumento pianificatorio, non devono affatto essere omessi. Piuttosto si deve ritenere che in tali ipotesi, riconducibili a ritardi od omissioni burocratiche, "ogni potestà di giudizio, anche di merito e di opportunità, è devoluta all'Enac, organo istituzionalmente preposto alla sicurezza negli aeroporti e nelle zone di rispetto ad essi limitrofe, che nell'esercizio delle sue funzioni ben può operare valutazioni in concreto".

<sup>79</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 06 aprile 2016, n. 1360.

<sup>80</sup> M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, spec. p. 1. Cfr. sul tema C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 549 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989; N. LONGOBARDI, *Amministrazioni indipendenti e posizione istituzionale nell'amministrazione pubblica*, in *Dir. banca*, 1993, p. 33 ss.; ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle autorità indipendenti*, in F. BASSI - F. MERUSI, a cura di, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 151 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1995; F. LONGO, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini, *I garanti delle regole*, Bologna 1996, p. 13 ss.; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, p. 341 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle Amministrazioni indipendenti*, *Relazione al Convegno Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate al Prof. Eugenio Cannada Bartoli* (Siena, 31 maggio-1 giugno 2002), in *Annuario AIPDA*, Milano, 2003, p. 249 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive*

terminologia assai ampia raccoglie molte e diverse autorità, preposte alla “cura” dei più diversi interessi pubblici, - *secteurs sensibles*, come individuate dalla dottrina francese, per laprotezione dei quali lo Stato è chiamato ad intervenire soltanto in forma *soft* e neutrale<sup>81</sup> al fine di offrire tutela ai cittadini dalle minacce del potere pubblico e di quello privato<sup>82</sup> - tuttavia tutte riconducibili all’idea della amministrazione in un certo qual modo “liberata” dalla politica.

Quanto all’Enac, esso risulta invece sottoposto al potere di vigilanza e controllo del Ministro dei trasporti e navigazione<sup>83</sup>. In virtù di questa “dipendenza” sembra che sia inevitabile infatti un ripensamento e/o una trasformazione dell’Ente suddetto in modo da consentire più ampi margini di manovra<sup>84</sup>, anche in linea con la tendenza ad ampliare taluni spazi e àmbiti delle autorità, sino a garantire il governo dell’intero settore cui sono preposte<sup>85</sup>.

A più di vent’anni dall’istituzione dell’Enac, sembra pertanto farsi strada l’esigenza di una riforma della *governance* del trasporto aereo, considerato che l’attuale veste giuridica di ente pubblico non economico pare non consentire oltre il corretto e regolare espletamento delle funzioni che la legge ha attribuito

*di un modello*, Bologna 2005; E. FERRARI - M. RAMAJOLI - M. SICA, *Attività economiche e attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino 2007; A. LA SPINA - S. CAVATORTO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna 2008; F. MERUSI - M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2011; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Torino 2012.

<sup>81</sup> Cfr., per un ampio studio sui poteri neutrali, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, spec. p. 263. L’a. osserva che le finalità delle autorità amministrative dovrebbero essere la «realizzazione di un governo tecnocratico (anche e soprattutto a livello economico), “sterilizzato” dalla necessità di perseguire un precipuo interesse pubblico, nella convinzione che standard e regole tecniche siano le sole “leggi” valide nel sistema finanziario globale».

<sup>82</sup> F. COLLIARD-TIMSIT, a cura di, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1988.

<sup>83</sup> Del resto, anche la scelta delle modalità di nomina del consiglio di amministrazione - composto dal presidente e da sei membri scelti tra soggetti di comprovata cultura giuridica, tecnica ed economica nel settore aeronautico - conferma la distanza dal modello dell’autorità indipendente, posto che i membri vengono nominati, su proposta del Ministro dei trasporti e della navigazione, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (ai sensi dell’art. 4, comma 3). Diversamente, nel modello tipico di autorità indipendente l’autonomia viene appunto garantita “da procedure di nomina particolarmente solenni degli organi di vertice delle autorità, di regola scelti con un’ingerenza del potere parlamentare; dalla durata del loro mandato, sfalsata rispetto ai tempi delle cariche dei politici; da regole severe sull’incompatibilità e sui conflitti d’interesse”. Così M. D’ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, cit., spec. p. 1.

<sup>84</sup> Si deve segnalare la recente proposta da parte del direttore Zaccheo volta a trasformare l’ente suddetto in un ente pubblico economico, che tuttavia ha trovato delle opposizioni nelle associazioni dei lavoratori abbastanza nette.

<sup>85</sup> M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, cit., spec. p. 7. L’a. nota come vi sono in Italia autorità sostanzialmente “padrone del settore” come risultano essere la Consob o l’*Antitrust*, mentre altre restano influenzate dalle decisioni del governo (per esempio le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità).

originariamente all'ente; inoltre alcuni interventi normativi effettuati negli anni al fine di ridurre la spesa pubblica hanno sottratto ulteriori sfere di autonomia, finendo per compromettere in modo rilevante l'attività dell'ente. A parere dello stesso Governo, d'altra parte, si consolida l'opinione secondo cui sarebbero maturi i tempi per procedere ad una riorganizzazione che consenta all'Enac di svolgere, con una maggiore flessibilità operativa, le proprie attività nel settore della tecnica del volo e dell'attività negli aeroporti italiani con più ampi margini di autonomia.

Tra le ipotesi più avvalorate vi sarebbe quella proposta dal Governo tesa ad assegnare una veste giuridica di Ente pubblico economico, consentendo anche il reclutamento di nuovo personale<sup>86</sup>; essa - oltre che facilmente realizzabile - sarebbe anche stata prospettata dal legislatore sin da subito, posto che nelle norme di cui all'art. 1 della legge istitutiva dell'ente si profila espressamente questa eventualità come naturale evoluzione rispetto alla forma giuridica originariamente assegnatagli<sup>87</sup>.

Tuttavia le perplessità avanzate dal mondo dei sindacati e dai lavoratori stessi non sembrano, d'altra parte, essere di minor rilievo, oltre ad essere fondate anche in punto di diritto, posto che le attività di regolazione e di controllo del settore aereo, la promozione dello sviluppo dell'aviazione civile del Paese - che si concretizza nella garanzia agli utenti e alle imprese della sicurezza dei voli, la tutela dei diritti, la qualità dei servizi e l'equa competitività nel rispetto dell'ambiente<sup>88</sup> - possono, ad avviso di parte della dottrina, soltanto difficilmente dirsi compatibili con un'attività che risulti sostanzialmente "privatizzata". L'ente inoltre, si soggiunge, risulta essere l'organismo responsabile della corretta applicazione dei regolamenti comunitari in materia di diritti del passeggero, oltre ad avere il potere di irrogare sanzioni amministrative nei confronti dei soggetti inadempienti e per assicurare il rispetto

---

<sup>86</sup> Considerata la limitazione subita negli ultimi anni, a causa dei tagli alla spesa pubblica, per le assunzioni riguardanti gli enti pubblici non economici.

<sup>87</sup> Anzi, l'art. 1, comma 3 sembra non lasciare alcun dubbio sulla necessità di trasformare l'ente in ente pubblico economico, assegnando in via perentoria anche un tempo limite. Infatti si legge che «L'E.N.A.C. è trasformato in ente pubblico economico non oltre il 31 luglio 1999». Il progetto politico di trasformazione dell'Enac in soggetto di diritto privato quale sarebbe l'ente pubblico economico, sarebbe già in fase avanzata, come testimonia l'emendamento prodotto all'A.S. 1925 dai senatori Santillo, Lupo e Puglia del M5S.

<sup>88</sup> Ma anche il rispetto dell'ambiente viene subordinato rispetto all'esigenza prioritaria di garantire la sicurezza dei voli v. Cons. Stato, Sez. VI, 4 novembre 2013, n. 5291. Legittimamente l'Enac ha vietato l'installazione di un parco eolico in un'area prossima ad un aeroporto - ma non rappresentata nelle mappe dei vincoli aeroportuali di cui all'art. 707 c. nav., - perchè il parco eolico costituisce un pericolo per la navigazione aerea.

degli standard qualitativi e dei diritti del passeggero<sup>89</sup>. Queste ultime considerazioni – oltre al fatto obiettivo che il settore è stato chiaramente impattato in modo drammatico dalla pandemia - probabilmente fanno propendere per la necessità che la trasformazione della forma giuridica dell'Enac venga attentamente vagliata<sup>90</sup>.

Forse la veste più consona al raggiungimento dell'obiettivo volto a far acquisire maggiore autonomia all'ente, consentendo allo stesso tempo l'esercizio di poteri neutrali e la garanzia dei valori di rilievo costituzionale che vengono in gioco, sarebbe la via della sua trasformazione in autorità amministrativa indipendente. Del resto, la scelta dell'*Authority* nazionale è stata compiuta in diversi altri Paesi europei come la Gran Bretagna, la Francia, la Germania e la Spagna - e, nel consentire un rafforzamento dell'Ente e un passo avanti importante verso l'autonomia -, lo manterrebbe comunque all'interno del confine delle amministrazioni dello Stato e assicurerebbe sia il rispetto della concorrenza sia del *public interest*, pur se in relazione alle caratteristiche proprie del settore specifico da regolamentare<sup>91</sup>. Inoltre, si deve aggiungere, quella dell'autorità amministrativa indipendente sembra ancora costituire una «formula organizzativa che ha il vantaggio di adattarsi con grande flessibilità alle esigenze di settori nuovi o in continua trasformazione»<sup>92</sup>, in cui rientra senz'altro quello relativo ai droni.

Da ultimo, ad esempio, il ruolo dell'Enac sembra esser stato al centro dell'attenzione, dei giuristi e anche dei *media*, a seguito di alcune misure adottate dall'Ente al fine di coadiuvare le forze dell'ordine per il contenimento dell'emergenza epidemiologica da *coronavirus*.

Infatti, il provvedimento adottato dall'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile il 23 marzo 2020 ha autorizzato, per un periodo temporale circoscritto, l'utilizzo dei droni da parte delle forze dell'ordine per le operazioni di monitoraggio degli spostamenti

---

<sup>89</sup> L'Enac monitora e verifica costantemente i parametri di qualità dei servizi aeroportuali e del trasporto aereo, anche attraverso le attività di certificazione, formazione e riqualificazione professionale del personale dipendente.

<sup>90</sup> Privatizzare l'ente, con la trasformazione in soggetto privato comporterebbe dunque l'iscrizione al registro delle imprese e il collocamento sul libero mercato per "inseguire il profitto", con una probabile *deminutio* in relazione alle garanzie di indipendenza, imparzialità e trasparenza nell'esercizio dei poteri autoritativi in materia di regolazione, vigilanza, controllo del trasporto aereo e sicurezza del volo che gli sono stati affidati dal decreto legislativo n. 250 del 1997.

<sup>91</sup> Sui tratti caratteristici delle Autorità indipendenti cfr. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, cit., spec. p. 1.

<sup>92</sup> Cfr. sul punto l'analisi di M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, cit., spec. p. 2.

dei cittadini sul territorio comunale, al fine di garantire che fossero rispettate le restrizioni di cui ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 e 9 marzo 2020.

Segnatamente, si tratta di una nota - che ha come destinatari i Ministri dell'interno, delle infrastrutture e trasporti, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia - in cui viene prevista una sostanziale deroga ad alcune disposizioni del regolamento Enac dell'11 novembre 2019. La deroga appare di sicuro assai ampia, seppur giustificata dalle ragioni connesse al controllo della pandemia e dunque funzionali a garantire il diritto alla salute, sostanziandosi nella possibilità, concessa ai Comandi di polizia locale, di utilizzare propri droni, anche in assenza della registrazione sul portale *D-Flight* e privi del codice identificativo.

Viene inoltre prevista la possibilità, anche in aree urbane dove vi è scarsa popolazione esposta al rischio di impatto, di effettuare operazioni critiche, ossia quelle che riguardano il sorvolo di aree congestionate, assembramenti di persone, agglomerati urbani ed infrastrutture sensibili, anche in assenza di una autorizzazione apposita, ai sensi dell'articolo 9 del regolamento Enac dell'11 novembre 2019. Persiste, invece, per ovvie ragioni di sicurezza del cielo, la necessità di una comunicazione di coordinamento alla torre di controllo del traffico dell'aeroporto interessato per il sorvolo - da parte di droni utilizzati dagli Enti richiamati dall'articolo 744 del codice della navigazione - che si svolga ai fini dell'attività di contrasto alla pandemia nelle aree prospicienti tutti gli aeroporti civili e identificate come aree rosse.

In tal modo, le problematiche riguardanti la regolamentazione giuridica dei droni pare abbiano ricevuto nuova attenzione da parte dei giuristi e dell'opinione pubblica, a causa dell'innegabile sacrificio del diritto alla riservatezza in virtù della tutela della (almeno presunta) preminenza del valore salute<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Per una ricostruzione fornita dalla dottrina più autorevole del diritto alla salute cfr. almeno M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991; Id., *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.*, 1995, 545 ss.; Id., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e società*, 1980, 769 ss.; C. DE CESARE, *Sanità, I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1989, 245 ss.; R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 513 ss.; L. MONTUSCHI - D. VINCENZI AMATO, sub *art. 32*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975; C.E. GALLO - B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; F. ROVERSI MONACO, (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 633 ss.

Va detto che la giurisprudenza negli ultimi anni, massime in concomitanza con la crisi economico-finanziaria, sembra essere stata talvolta aperta anche ad un bilanciamento, alla stregua di valori di pari dignità costituzionale, che non necessariamente vedeva la prevalenza della tutela della salute – ritenuto invece nel 1979 dalle Sezioni unite della Cassazione<sup>94</sup> come il primo dei diritti fondamentali anche nei confronti dell’Autorità pubblica - sugli altri diritti che venivano in rilievo nel caso specifico: il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013 sul noto caso Ilva<sup>95</sup>. Si deve aggiungere che alcuni anni dopo la Corte, ritornando sul dibattito tra valori da bilanciare, sempre in relazione agli stabilimenti di Taranto, con la decisione n. 58 del 2018, sembra effettuare un mutamento di rotta arrivando ad affermare che la tutela della salute non può soggiacere, se non a prezzo di evidenti forzature del dettato costituzionale, a bilanciamenti con altri interessi pur

---

<sup>94</sup> Sentenza c.d. Corasaniti, 6 ottobre 1979, n. 5172. Si veda nello stesso senso da ultimo la sentenza del TAR Campania, Sez. V., 19 ottobre 2010, n. 3617, con la quale si respinge il ricorso presentato per conto di un gruppo di genitori contro l’ordinanza del governatore De Luca, volta a sospendere le lezioni in presenza nelle scuole primarie e secondarie per contenere l’epidemia da coronavirus fino al 30 ottobre. Il TAR, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, ha ritenuto prevalente l’esigenza di tutelare il diritto primario alla salute, posto che la Regione Campania sembra aver esaurientemente documentato l’istruttoria, nella quale emerge con tutta evidenza la correlazione tra aumento dei positivi al Covid 19 e frequenza scolastica, oltre alla progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura. Inoltre, si sottolinea che la compromissione degli altri interessi coinvolti – segnatamente il diritto all’istruzione – non sembra possa dirsi assoluta, considerata la possibilità di continuare le attività scolastiche mediante la didattica digitale a distanza. Infine, si precisa che la misura è temporanea e verrà rimodulata a seguito delle nuove disposizioni del Governo (d.p.c.m. 18 ottobre 2020).

<sup>95</sup> La vicenda riguardante l’Ilva di Taranto è assai nota. La sentenza ritiene legittima la legge n. 231 del 2012, cosiddetta salva Ilva, in cui si stabilisce che non può essere accolta la tesi del giudice *a quo* per la quale il diritto alla salute avrebbe carattere assoluto e dunque non suscettibile di bilanciamento, posto che, a fronte di gravi episodi di inquinamento ambientale e di danni alla salute, si dichiara la legittimità di una legge volta essenzialmente al risanamento del processo produttivo e alla salvaguardia dei posti di lavoro, sul presupposto del carattere strategico dell’impianto. Sicchè, nella sentenza del 2013 che consentiva la prosecuzione dell’attività – a condizione che si rispettassero le prescrizioni contenute nel provvedimento di autorizzazione integrate ambientale - si è affermato che «le opinioni del giudice, anche se fondate su particolari interpretazioni dei dati tecnici a sua disposizione, non possono sostituirsi alle valutazioni dell’amministrazione sulla tutela dell’ambiente, rispetto alla futura attività di un’azienda»; l’«individuazione del bilanciamento, che dà vita alla nuova AIA, [...] non può essere contestato nel merito delle scelte compiute dalle amministrazioni competenti, che non possono essere sostituite da altre nella valutazione discrezionale delle misure idonee a tutelare l’ambiente ed a prevenire futuri inquinamenti, quando l’esercizio di tale discrezionalità non trasmodi in un vizio denunciabile nelle sedi giurisdizionali competenti». Per considerazioni sulla vicenda cfr. M. CUNIBERTI, *Il d.l. sull’Ilva, tra conflitti di attribuzione e dubbi di legittimità costituzionale*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, p. 211; L. GENINATTI SATÈ, *Caso Ilva: la tutela dell’ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost. n. 85/2013)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 16 maggio 2013; M. MAZZOTTA, *Il caso Ilva al vaglio della Corte costituzionale*, in *La nuova giurispr. civ. commentata*, 2013, p. 877 ss.; E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la tensione tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *www.federalismi.it*, luglio 2013; da ultimo cfr. le interessanti riflessioni (anche) sul caso Ilva di R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell’amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 405 ss.

costituzionalmente rilevanti, posto che esso è l'unico diritto ad essere definito fondamentale in Costituzione<sup>96</sup>.

È pur vero che nessun diritto è illimitato e questo concetto viene affermato da decenni dalla Corte costituzionale sin dalla sua prima sentenza (sent. n. 1 del 1956, Pres. De Nicola, Rel. Azzariti), anzi, il concetto di limite sarebbe insito nel concetto stesso di diritto e pertanto limitare un diritto non equivarrebbe a negarlo *in nuce*, ma ricercare un compromesso tra le varie sfere giuridiche meritevoli di riconoscimento e potere<sup>97</sup>. La questione da affrontare piuttosto sarebbe quella delle modalità del bilanciamento, sicché la Corte costituzionale ha ripetutamente insistito, nelle sue pronunce, sulla necessità di bilanciare fra riservatezza e altri diritti o interessi.

Mentre, d'altra parte, la tutela della *privacy* ha acquisito negli ultimi lustri una "vitalità" sempre più pervasiva: in senso rafforzativo per una tutela sempre più efficace della riservatezza<sup>98</sup> da ultimo va segnalata la decisione della Corte giustizia

<sup>96</sup> La Corte ritiene che il dettato dell'articolo 41 sia chiaro e non consenta l'esercizio di un'attività d'impresa che possa recar danno alla sicurezza, libertà e alla dignità umana. Vanno pertanto rimossi prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori, "condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con I principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona". Cfr. sul punto le riflessioni di G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?* in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 10 aprile 2018. Sembra degna di esser menzionata al proposito la sentenza della Corte costituzionale n. 127 del 1990, che costituisce una guida assai preziosa, poiché potrebbe risultare una valida strada da seguire nell'interpretazione del difficile rapporto tra interessi costituzionali confliggenti, anche dopo diversi lustri dalla sua emanazione. Segnatamente si trattava di un bilanciamento tra libertà di iniziativa economica privata, interesse ambientale e tutela della salute. Sicché la Corte costituzionale, applicando assai bene il principio di ragionevolezza, riusciva nel 1990 ad interpretare, mediando tra esigenze dell'ambiente ed esigenze dell'imprenditore, lo spirito della legge che avrebbe dovuto guidare la politica ambientale di ogni singola impresa responsabile di emettere inquinanti in atmosfera. Nel caso di specie di si trattava di definire cosa intendesse il legislatore con la locuzione «migliore tecnologia disponibile che non comporti costi eccessivi»: ebbene la Corte superando il testo della legge italiana – d.p.r. n. 203 del 1988 - non troppo chiaro al riguardo, riprendeva la direttiva comunitaria alla base della normativa sull'atmosfera, specificando che l'obbligo della migliore tecnologia disponibile che non comporti costi eccessivi per l'impresa va riferito alla categoria cui l'impresa appartiene. In tal modo si sarebbero creati obblighi differenziati per imprese di categorie differenti, cercando di venire incontro anche alle esigenze di piccoli imprenditori, ossia quelli che, per ovvie ragioni, non sarebbero stati in grado di sostenere i costi di tecnologie assai avanzate e per questo oltremodo costose. Tuttavia nella sentenza si afferma a chiare lettere che il fattore costo non viene in considerazione sotto nessun riguardo quando si tratta di zone particolarmente inquinate o per specifiche esigenze di tutela ambientale, sottolineandosi pertanto la primarietà delle considerazioni di carattere sanitario ed ambientale.

<sup>97</sup> «E se pure si pensasse che dalla disciplina dell'esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile».

<sup>98</sup> Il diritto alla vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali hanno fondamento giuridico nell'ordinamento dell'Unione europea e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo: nel primo ordinamento si rinviene nelle norme di cui agli artt. 7 e 8 CDFUE, all'art. 16 TFUE, nel regolamento (UE) n. 679 del 2016 (*General Data Protection Regulation – GDPR*) e nella direttiva 95/46/Ce (*Data Protection Directive*); nel

Ue grande sezione, 16 luglio 2020, n. 311<sup>99</sup>. I giudici europei hanno ritenuto la normativa statunitense in materia di *privacy* non abbastanza garantista in materia di riservatezza, in quanto essa pare non offrire garanzie in linea con quelle europee, in virtù del fatto che i programmi di sorveglianza statale sono particolarmente invasivi.

Com'è noto, in questo specifico settore, i principi di *privacy by design* e *by default* costituiscono le linee direttrici – come previsto nella norma di cui all'art. 25 del regolamento 679/2016 - che debbono essere seguite dai soggetti coinvolti nell'attività di trattamento dati al fine di assicurare il rispetto dei dati personali attraverso l'organizzazione di misure tecniche e organizzative adeguate, di attuare i principi di protezione dei dati (*by design*), nonché di garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del

---

secondo, tramite la concentrazione della disciplina protettiva di entrambi i diritti nell'art. 8 CEDU. In tempi di contrasto al Covid 19 tuttavia questa tutela sembra subire un affievolimento; è noto che l'art. 14 del d.l. n. 14/2020, poi art. 17-*bis* nel testo del d.l. n. 18/2020 per disposizione dalla legge di conversione n. 27/2020, ha introdotto un regime di deroga alla disciplina di tutela della *privacy* stabilita in via ordinaria dal d.lgs. n. 196/2003, destinato ad operare sino «al termine dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020» (c.d. emergenza Covid-19) ai fini dell'adozione da parte delle autorità competenti delle misure urgenti di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica disposte ai sensi del d.l. n. 19/2020, art. 2. Sul tema cfr. A. CATALETA, *Categorie particolari di dati: le regole generali e i trattamenti specifici*, in G. FINOCCHIARO (diretto da), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019, F. PERRONE, *Questioni di conformità del diritto alla privacy dell'emergenza con il diritto dell'Unione europea*, in *Dir. relaz. industr.*, 2019, p. 581.

<sup>99</sup> Va detto brevemente che i fatti riguardano la vicenda occorsa ad un cittadino austriaco che aveva aperto un profilo su *Facebook* dal 2008. Ebbene, aderendo al *social* si firma un contratto con cui si autorizza il trasferimento dei dati dalla società europea *FB Ireland*, con sede in Irlanda, alla società controllante *FB Inc.* con sede negli USA. Non è stata ritenuta valida la decisione della Commissione (2016/1250) sull'adeguatezza della protezione dei dati offerta dal regime dello scudo UE-USA. Infatti in USA risultano molteplici leggi e programmi interni (PRISM, UNPSTREAM, PPD-28) che prevedono un controllo massiccio, tramite la sorveglianza indiscriminata dei *social networks*, dei dati provenienti dall'estero per fini di sicurezza nazionale etc. E' comprensibile che sia la raccolta sia il trattamento avvengono in modi incompatibili col diritto dell'UE e soprattutto in deroga all'art. 47 Carta di Nizza (diritto ad un ricorso effettivo ed ad un giudice imparziale): sicchè conseguentemente i cittadini europei sembra non posseggano i mezzi per tutelarsi da queste continue ingerenze, posto che soltanto i cittadini americani possono invocare il IV emendamento previsto dalla Costituzione americana. Accertata dunque la palese mancanza delle garanzie minime richieste, nonché una forte ingerenza estranea ad uno Stato democratico nei diritti alla riservatezza, alla serenità familiare, ad un ricorso effettivo e quindi all'accesso alla giustizia, la decisione deve essere annullata perché invalida. A proposito dell'accordo che lega Unione Europea e Stati Uniti, va rimarcato che secondo altra dottrina esso avrebbe invece previsto obblighi di protezione stringenti per le imprese che trasferiscono dati negli Stati Uniti, l'adozione di misure di sicurezza in materia di accesso ai dati da parte del governo statunitense, strumenti specifici per la tutela delle persone ed infine la revisione annuale congiunta dell'accordo al fine di monitorarne l'attuazione, in linea con quanto richiesto nel regolamento europeo sul trattamento dei dati personali, reg. 2016/679, dove si stabilisce che il trasferimento di tali dati verso un Paese terzo o un'organizzazione internazionale può aver luogo soltanto quando la Commissione abbia accertato che il Paese terzo o l'organizzazione rispettino un adeguato livello di protezione. Così G. TADDEI ELMI - G. GIARDIELLO - F. ROMANO, *Il dibattito sui droni: tra etica e privacy*, in *Diritto dei Droni. Regole, questioni e prassi*, in E. PALMERINI, M.A. BIASOTTI, G.F. AIELLO, a cura di, cit., spec. p. 53, nota 32.

trattamento (*by default*). La designazione di un responsabile preposto alla protezione dei dati, *Data Protection Officer*, rende quindi ricollegabile l'amministrazione pubblica ad un determinato processo di trattamento di dati, *ex art. 37*, mentre il diritto alla cancellazione, o all'oblio, previsto dalla norma di cui all'art. 17, rende effettiva la loro protezione in casi in cui i dati siano stati trattati illecitamente, se l'interessato abbia revocato il consenso a causa delle più svariate evenienze (entrata in vigore di nuove norme che ne neutralizzano la funzione, accordo sopravvenuto che renda inutile il ricorso a quei dati, ecc.) o quei particolari dati non risultino più necessari.

Tornando alla disposizione adottata nell'emergenza dall'Enac, l'ampiezza delle possibilità consentite ai droni di acquisire dati, in modo inevitabilmente sempre invasivo per la *privacy* dei cittadini, ignari di essere "guardati"<sup>100</sup>, permettendo in tal modo di accorpate una grande quantità di immagini di persone, di targhe degli autoveicoli e il tracciamento di percorsi, sembra d'altra parte attenuata, nel bilanciamento tra lo specifico obiettivo di interesse generale perseguito dal provvedimento adottato in deroga e la tutela del diritto alla riservatezza; ed ancora dalla osservanza del principio di proporzionalità, che si concretizza nella previsione di un termine assai circoscritto, oltre che nella limitazione soggettiva prevista per i soli Enti indicati nelle disposizioni del Codice della navigazione e per le Forze di Polizia.

A ciò si aggiunga che la notevole quantità di dati acquisiti durante il periodo di sostanziale "affievolimento" del diritto alla *privacy*, consentito dalla deroga Enac, non possono essere trattati in modo da esser compromessi, ma vanno, a maggior ragione, protetti dalle autorità preposte al controllo i trattamenti dei dati, come dichiarato dall'*European Data Protection Board*, considerato che la protezione dei dati non risulta essere d'ostacolo alle misure prese nella lotta all'epidemia da Coronavirus. In tal modo le restrizioni per la libertà e l'attentato alla riservatezza dei cittadini, pur legittimi, giustificati dal periodo di emergenza sanitaria, debbono tuttavia garantire la proporzionalità rispetto al fine e la limitazione al periodo di emergenza<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Si realizza in altre parole lo scenario paventato da S. RODOTÀ, *Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione*, cit. «Il mutamento politico e sociale è profondo. La sorveglianza si trasferisce dall'eccezionale al quotidiano, dalle "classi pericolose" alla generalità delle persone. La folla non è più solitaria e anonima: è nuda. Videosorveglianza, conservazione d'ogni traccia delle comunicazioni elettroniche, registrazione implacabile d'ogni abitudine realizzano un controllo di massa».

<sup>101</sup> *European Data Protection Board, Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*, 20 marzo 2020.

La pandemia ha avuto del resto il merito, se tale può definirsi, di rivitalizzare l'interessante dibattito tra alcuni dei giuristi più autorevoli sulla possibilità che il bilanciamento tra valori così importanti possa infine render recessivi in via permanente i valori ritenuti più facilmente sacrificabili. In altre parole è in corso il dibattito<sup>102</sup> su quale valore – tra la tutela della vita e la libertà – sia prevalente nella lotta contro la pandemia e principalmente se i diritti fondamentali in gioco siano bilanciabili fra loro. Pur se non può essere questa la sede per analizzare in modo approfondito un così alto dibattito, si riportano in sintesi alcune affermazioni che più interessano la materia che si sta trattando. Il quesito nasceva in realtà da alcune considerazioni a proposito della legge fondamentale tedesca, dove la “tutela della vita” risulta protetta in via subordinata nei confronti della “dignità dell'uomo”, «la quale, in un certo senso, troneggia su tutti i diritti fondamentali»<sup>103</sup>. A questa proposizione sembra possa esserci una risposta: per poter bilanciare due o più diritti, da un lato vita e salute dall'altro libertà, va sempre verificata la proporzionalità dell'intervento e, oltre alla legittimità giuridico-costituzionale dello scopo così perseguito, vanno altresì verificate «la sua obbligatorietà per il raggiungimento di tale scopo e la sua necessità rispetto ad alternative che incidano meno intensivamente sul diritto fondamentale – ad esempio la libertà di riunione – senza mettere in pericolo il fine della tutela contro l'infezione»<sup>104</sup>.

Alla luce di queste riflessioni, che risentono certamente delle problematiche acute determinate dalla pandemia, sembra potersi ritenere che l'intervento ai fini di controllo della popolazione nel contrasto al Covid-19, previsto con l'ausilio dei droni, sia da considerarsi quasi sempre legittimo posto che esso rispetti il principio di proporzionalità, avendo un limite temporale abbastanza ristretto: del resto sembra che non si possano rinvenire sistemi ugualmente capaci di controllo generalizzato e altrettanto efficaci nella lotta ad una pandemia che va assolutamente fermata.

---

<sup>102</sup> A seguito della pubblicazione di un'intervista tra il filosofo Jürgen Habermas e il teorico del diritto Klaus Günther. L'intervista è stata pubblicata il 9 maggio 2020 su *Die Zeit* e poi in italiano a cura di V. MILITELLO su [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it). Il tema è stato di recente ripreso ed approfondito nel Webinar del 9 ottobre 2020, promosso dall'AIPDA “*Decidere nell'emergenza. Limitazione e bilanciamento dei diritti fondamentali*”.

<sup>103</sup> Il dubbio è stato posto da Habermas.

<sup>104</sup> La risposta è di Günther.

## 5. Spunti ricostruttivi.

La vicenda dei droni, del loro rapido sviluppo all'interno del mercato globalizzato e la sempre maggiore affermazione all'interno del mercato italiano, i tentativi della dottrina e del legislatore di inquadrarli nel sistema, di disciplinarli, garantendo la sicurezza dei cittadini e al contempo lo sviluppo del mercato, potenzialmente assai redditizio, sono emblematiche di come l'innovazione tecnologica trascini talvolta con forza la società e, in qualche occasione modificandola e innovando in modo sostanziale, anche la legge e i principi di diritto. La dottrina ha evidenziato come l'ingresso in modo sempre più invasivo dei robot nella società, - è questo il risultato più evidente della quarta rivoluzione industriale attualmente in corso di svolgimento - comporterà d'altra parte un nuovo ruolo del giurista, nonché la necessità improrogabile «di introdurre le leggi morali nel robot»<sup>105</sup>.

Tra i molteplici aspetti positivi derivanti dall'affinamento della tecnologia e dalla diffusione sempre maggiore dell'uso dei droni emergono però con tutta evidenza una serie di problematiche di non facile risoluzione, che implicano l'intervento del giurista, il cui superamento sarà determinante per l'affermazione - senza conflitti - dei droni nella società civile e per l'effettivo miglioramento della qualità di vita e di lavoro della popolazione, oltre che per le ragioni dell'economia, che lo sviluppo crescente del mercato dei droni sicuramente involge.

Ad esempio, una delle incognite che pone la evoluzione del settore relativo ai droni riguarda la possibile tentazione, di cui potrebbe essere vittima il legislatore, di ricorrere ad una normazione emergenziale, anziché affermare una prospettiva sistematica e basarsi su di un metodo costruttivo e interpretativo rigoroso, come vuole, d'altro canto, il lavoro del giurista<sup>106</sup>.

Di certo non può negarsi il dubbio che il diritto giunga sempre in ritardo rispetto al progresso tecnologico, che avanza rapido e sovente lascia indietro l'ordinamento, con il quale tuttavia dovrà prima o poi "misurarsi". Eppure la legge è lo strumento che tuttora, nonostante la crisi che attraversa, più di altri risulta indispensabile alla vita della comunità - il νόμος è infatti equiparabile ad un timone - «quello che più di ogni altro consente di mantenere e seguire una rotta, di far sì che l'imbarcazione sulla

<sup>105</sup> M. C. CARROZZA, *I robot e noi*, cit., p. 24.

<sup>106</sup> G. FINOCCHIARO, *Riflessioni sull'intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in U. RUFFOLO, a cura di, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, spec. p. 237.

quale viaggiamo tutti sia in grado di navigare sicura»<sup>107</sup> ed è l'unico strumento in grado di adattare la sua capacità di indirizzo e di guida tramite l'osservazione costante del cambiamento sociale<sup>108</sup>.

Pertanto, per affrontare le sempre più pressanti "sfide" della tecnologia si potrebbe forse proporre di accompagnare lo sviluppo tecnologico «con strutture di monitoraggio continuo»<sup>109</sup>, che versino nella condizione obiettivamente valutabile e ricostruibile di suggerire costantemente, in sede europea o nazionale, alcuni contenuti dei provvedimenti normativi di volta in volta necessari per adeguare l'ordinamento alle novità tecnologiche: magari delle vere e proprie «strutture di missione»<sup>110</sup>, dove convivano e si confrontino scienziati, giuristi e tecnici, per consentire il costante adeguamento del diritto al progresso tecnologico. Ciò che non dovrà mai passare in secondo piano - nel tentativo di rispondere celermente con il diritto alla sfida posta dalla tecnologia - è che essa per legittimarsi «non può essere affidata soltanto all'imperativo della sicurezza o alla logica dell'efficienza economica. Deve essere sempre misurata con il metro della democrazia e del rispetto della persona»<sup>111</sup>.

E' evidente che il futuro riserva occasioni di riduzione del peso della proporzionalità di fronte a successi incrementali della robotica e dell'applicazione dei droni alle incombenze più utili per la comunità. E' questa la ragione principale in forza della quale è indispensabile inquadrare robotica e uso del drone nell'ordinamento generale dei concetti e degli interessi giuridicamente riconosciuti e convalidati dalla comunità che in quell'ordinamento giuridico si riconosce. Proporzionalità, limiti alla libertà e ai diritti di ogni persona più non susciterebbero problemi di accettazione e identificazione di condizionamenti continui se il nuovo che dovunque avanza nel mondo entri, con la partecipazione decisiva del momento giuridico dell'organizzazione pubblica, cioè delle istituzioni internazionali, del

<sup>107</sup> Così G. CORASANITI, *Il diritto nell'era digitale*, cit., spec. pp. 4-6.

<sup>108</sup> Platone nella *Repubblica* valorizzava il ruolo ricoperto dal timoniere che – grazie al timone, corrispondente al νόμος, alla regola - svolge una funzione fondamentale nel condurre la nave in sicurezza, con la sua τέχνη, avendo sempre presente l'osservazione attenta delle condizioni climatiche. Nell'arte della navigazione antica il timoniere competente doveva, infatti, osservare il cielo e preoccuparsi delle stagioni, guardare lontano, al di là della nave e delle sue relazioni interpersonali; ciò era essenziale per navigare in un ambiente molto più ampio e incerto. La nota metafora è ricordata nel contributo di G. CORASANITI, *Il diritto nell'era digitale*, cit., p. 6.

<sup>109</sup> M. LUCIANI, *Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato*, cit.

<sup>110</sup> È la proposta di M. LUCIANI, *Il diritto al rispetto della vita privata: le sfide digitali, una prospettiva di diritto comparato*, cit.

<sup>111</sup> Come osserva S. RODOTÀ, *Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione*, cit.

Parlamento, del Governo, della dottrina e della giurisprudenza, nell'ordinamento generale senza subire riduzioni organizzative o limitazioni nelle attività che siano aprioristiche, ma che derivino soltanto da valori, diritti, libertà agevolmente riconoscibili da tutti, cioè nel νόμος che alimenta l'ordinamento generale.

È al suo interno che i droni, così come sta già avvenendo per i robot, incontrano senza alcuna posizione rivale libertà, dignità umane, interessi protetti al progresso della protezione della salute, delle conoscenze, della cultura, dello sviluppo economico di ciascuna persona, senza conflitto e difficoltà di reciproca comprensione.

Il lavoro, o compito che dir si voglia, è dunque quello consueto: ricondurre il nuovo tecnologico e telematico nelle più idonee posizioni riconosciute all'interno dell'ordinamento, proponendo, nello stesso momento, la soluzione gradualisticamente migliore di qualsiasi problema posto dall'impero del *novum*: proporzionalità e funzionalità ordinata a valori condivisi sono i risultati del lavoro che il giurista deve dedicare al drone quale strada del futuro per le mete più generalmente avvertite come meritevoli di esser raggiunte, con la giusta misura senza alcun pregiudizio.

# LE RACCOMANDAZIONI DELLA SIAARTI DURANTE L'EMERGENZA SANITARIA COVID-19.

Camilla Della Giustina\*

**ABSTRACT [ITA]:** Le raccomandazioni SIAARTI (Società italiana anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva) adottate per fronteggiare la scarsità di risorse disponibili durante l'emergenza sanitaria covid-19 sollevano dubbi attinenti sia all'ambito giuridico che bioetico. Per quanto concerne il primo aspetto le stesse provvedono a dettare criteri di accesso alle cure salva-vita, quale ad esempio la terapia intensiva sulla scorta di mere valutazioni discrezionali. L'aspetto bioetico si intreccia con quello giuridico in quanto il criterio etico alla base delle raccomandazioni SIAARTI è il criterio utilitarista il quale non può ritenersi conforme allo spirito personalista che anima la Carta costituzionale italiana.

**ABSTRACT [ENG]:** *SIAARTI (Italian society anesthesia analgesia reviving and intensive care) recommendations adopted to address the scarcity of available resources during the covid-19 health emergency raise doubts pertaining to both the legal and bioethical framework. With regard to the first aspect, they shall lay down criteria for access to life-saving care, such as intensive care, on the basis of mere discretionary assessments. The bioethical aspect is intertwined with the legal one because the ethical criterion underlying the SIAARTI recommendations is the utilitarian criterion that cannot be considered in accordance with the personalist spirit that animates the Italian Constitutional Charter.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** Le linee guida in materia sanitaria. – **3.** Le raccomandazioni SIAARTI dell'emergenza covid-19. – **3.1.** Violazione delle fonti normative. – **3.2.** Problematiche bio-giuridiche rinvenibili nel contenuto del documento SIAARTI. – **4.** Conclusioni.

---

\* Dottoressa in Giurisprudenza, cultrice della materia per l'insegnamento di Diritto Costituzionale all'Università degli Studi di Padova, Scuola di Giurisprudenza. Indirizzo E-mail: camydg94@gmail.com

«Non dobbiamo dimenticare che il punto di riferimento deve restare la Carta costituzionale, che riconosce lo stesso diritto per tutti i cittadini a ricevere le cure necessarie alla tutela della salute<sup>1</sup>»

## 1. Introduzione.

L'emergenza sanitaria da covid-19 ha accentuato l'espressione di alcune problematiche giuridici denunciate da molti anni dalla dottrina come, ad esempio, la crisi del sistema delle fonti. Essa ha assunto negli ultimi tempi una connotazione diversa: se prima poteva essere riferita all'abuso della decretazione d'urgenza o all'esistenza di leggi di delega in bianco adesso vede affermarsi di una proliferazione di atti di *soft law* dettata dalla caratteristica tipica del diritto morbido, ossia «la flessibilità, la capacità di rispondere ad obiettivi sociali ed il suo farsi strumento di facilitazione della armonizzazione del diritto su scala globale<sup>2</sup>».

In questo contesto si inserisce l'argomento di questo breve saggio ossia la problematica delle previsioni contenute nelle raccomandazioni<sup>3</sup> SIAARTI<sup>4</sup> per fronteggiare il problema dell'allocazione delle risorse sanitarie. Si tratta di un documento contrastante sia con disposizioni contenute nella Carta costituzionale sia nella legislazione ordinaria. Il contenuto delle raccomandazioni<sup>5</sup> SIAARTI nel provvedere a decidere l'allocazione delle risorse sanitarie dimostra una caratteristica tipica degli atti di *soft law* ossia «la carenza di legittimità, nella misura in cui esso parrebbe prestarsi a derive tecnocratiche, allontanandosi dalla logica democratica

---

<sup>1</sup> L. D'AVACK, Presidente del Comitato Nazionale per la Bioetica, ANSA, 13 marzo 2020.

<sup>2</sup> E. PARIOTTI, "Soft law" e ordine giuridico ultra-statale tra "rule of law" e democrazia, in *Ragion pratica*, fasc. 1/2009, 88.

<sup>3</sup> Si tratta di un documento pubblicato in data 6.3.2020 e consultabile al seguente indirizzo <https://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>.

<sup>4</sup> Si tratta della Società italiana anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva iscritta nell'apposito elenco delle società scientifiche e associazioni tecnico- scientifiche delle professioni sanitarie ai sensi del DM 2.8.2017.

<sup>5</sup> Al fine di precisare il rapporto intercorrente tra linee guida e raccomandazioni si svolgono due riflessioni. La prima concerne proprio la definizione di linee guida secondo la quale si tratta di raccomandazioni di comportamento clinico. La seconda riflessione, strettamente collegata alla prima, è data dalla circostanza secondo cui l'espressione linee guida sarebbe una sintesi di «raccomandazioni di comportamento. Sono raccomandazioni, ovvero orientamenti che riguardano il comportamento più efficace da tenere se ricorrono certe condizioni». A. CONTI, *Il significato delle linee guida in medicina legale prima delle recenti riforme*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 2/2019, 638.

della rappresentanza che ha tradizionalmente assegnato una certa priorità assiologica al ruolo del potere legislativo<sup>6</sup>».

La metodologia seguita nell'affrontare il problema appena esposto è quella di dedicare un primo paragrafo ad una definizione delle linee guida in materia sanitaria evidenziando il dibattito che si è realizzato intorno alle stesse non solo ad un livello giuridico ma anche medico-legale. Un altro paragrafo è dedicato alla disamina delle problematiche sollevate dalle previsioni contenute nel documento SIAARTI quindi problematiche strettamente giuridiche e successivamente si analizzano gli aspetti critici sotto un profilo bio-giuridico.

L'opinione di chi scrive è che il diritto e la riflessione giuridica siano legittimati ad affrontare la problematica *de qua* per tre ordini di motivi. In primo luogo perché si affronta il problema dal punto di vista del sistema delle fonti del diritto e della crisi dello stesso dinanzi all'esistenza di eventuali nuove fonti normative. In secondo luogo poiché le raccomandazioni SIAARTI incidono su un diritto garantito dalla Costituzione italiana all'art. 32 dettando dei criteri per l'accesso alle risorse sanitarie incidendo direttamente sul diritto alla salute. Infine per la semplice considerazione secondo cui «anche nei momenti più bui per la Repubblica la relazione tra autorità e libertà, a presidio della quale si situa il costituzionalismo, va preservata tanto nella sostanza quanto nella forma, affinché l'emergenza sanitaria non produca (anche) una "emergenza costituzionale"<sup>7</sup>».

## 2. Le linee guida in materia sanitaria.

Negli ultimi anni si assiste ad una proliferazione nel mondo medico-scientifico di raccomandazioni, linee guida dettate dall'esigenza di ordinare il sapere scientifico in schemi da seguire per innalzare lo *standard* di qualità delle prestazioni offerte<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> E. PARIOTTI, "Soft law" e ordine giuridico ultra-statale tra "rule of law" e democrazia, cit., 88.

<sup>7</sup> M. CAVINO, Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18.3. 2020, 2. M. TERZI, Brevi considerazioni sul rapporto tra tecnica e politica nella prospettiva dell'emergenza sanitaria in corso, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, 43.

<sup>8</sup> A partire dagli anni Ottanta agenzie, enti governativi e gruppi di esperti del mondo sanitario cominciarono a utilizzare strumenti idonei a catalogare e diffondere il sapere medico, ossia protocolli, conferenze di consenso, *technology assessment*. Tra questi strumenti un ruolo chiave è stato svolto dalle linee guida le quali sono sostanzialmente deputate a «preselezionare le informazioni utili ad impostare la soluzione di una questione clinica con la maggior possibilità di successo ed il minor dispendio di risorse possibili» M.CAPUTO (2012),

Questo fenomeno in continua evoluzione incontra quale prima difficoltà la ricerca di una definizione del concetto di linee guida condivisibile a livello universale<sup>9</sup>.

Il legislatore italiano nel dettare una disciplina<sup>10</sup> contenente disposizioni specifiche per disciplinare la responsabilità civile e penale dell' esercente la professione sanitaria ha provveduto a istituire linee guida ad un duplice scopo, ossia, combattere la malasana e porre un limite alla pratica della medicina difensiva. La disciplina contenuta in detto primo testo normativo prevedeva che, se l' esercente l' attività sanitaria si fosse attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non avrebbe risposto penalmente per colpa lieve (art. 3 co.1<sup>11</sup>).

La legge Balduzzi prima, e la legge Gelli-Bianco<sup>12</sup> successivamente nel delineare una causa di esonero della responsabilità data dal rispetto delle linee guida hanno creato almeno un paio di questioni problematiche. Precisamente ci si chiede, in primo luogo, che cosa siano le linee guida e, in secondo luogo, come le stesse si rapportino rispetto al sistema delle fonti del diritto.

*Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 22.

<sup>9</sup> C. ANGIONI, G. MONTANARI VERGALLO, I. CATARINOZZI, L. IOVENITTI, P. FRATI, *Il valore giuridico delle linee guida*, in *Prevention and Research*, n. 1/2011, 16-21.

<sup>10</sup> Dl. 13 settembre 2012, n. 158, recante «Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute», poi convertito nella l. 8 novembre 2012 n. 189, ossia la cd. legge Balduzzi.

<sup>11</sup> Rispetto a detta disposizione la dottrina sosteneva come la stessa presentasse dei profili di illegittimità costituzionale in quanto cedevole in relazione al principio di tassatività declinato in quello di legalità poiché la disposizione in esame non consentirebbe di individuare i confini esatti della causa di giustificazione e verrebbero quindi lesi gli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost. A tal proposito il Tribunale di Milano aveva provveduto a sollevare questione di legittimità costituzionale. Trib. Milano, sez. IX penale, ord. 21 marzo 2013.

<sup>12</sup> Legge 8 marzo 2017, n. 24. All' art. 5 c. 3 viene previsto che «le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare [...] entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L' Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni».

In base all' art. 5 l. 24/2017 sono titolari del potere di elaborare linee guida le società scientifiche iscritte in un elenco apposito nonché gli enti e le istituzioni pubblici e privati. Le società scientifiche idonee a delineare le linee guida devono essere contenute in un elenco quale «elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie» contenuto nel Decreto ministeriale emanato in data 2.8.2017. Le società scientifiche al fine di poter essere inserite in detto elenco devono possedere i seguenti requisiti: rappresentatività sul territorio nazionale, garanzie statutarie per i professionisti in termini di libero accesso alle società e di partecipazione alle decisioni, autonomia, indipendenza, assenza di scopo di lucro, trasparenza contabile, controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica.

Le linee guida<sup>13</sup> rappresentano «raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche<sup>14</sup>». Le linee guida sono l'elaborazione sistematica della prassi e spesso vengono successivamente accreditate dalla comunità scientifica. La Conferenza di Bethesda le ha definite come «un insieme di generalizzazioni tra loro correlate derivanti da esperienze precedenti ed ordinate in una struttura coerente per facilitare risposte appropriate a situazioni specifiche» sottolineando che quelle afferenti alla pratica clinica devono essere interpretate come «linee guida sviluppate allo scopo di dotare il medico pratico e coloro che si occupano della cura dei pazienti delle risposte più appropriate a circostanze cliniche specifiche<sup>15</sup>». Sempre in ambito definitorio le linee guida non sempre sono facilmente distinguibili dai protocolli<sup>16</sup> dato che le prime «(se paragonate a un libro di testo) riguardano più strettamente le strategie di terapia specifica per un determinato tipo di paziente, la qualità della cura prestata e la riduzione di ingiustificate differenze sia dal punto di vista clinico che dei costi» ma possono essere altresì considerate come «raccolta di raccomandazioni che

<sup>13</sup> Vi sono numerose definizioni di linee guida. L'Istituto Americano di Medicina le ha definite come «affermazioni sviluppate in modo sistematico per aiutare il medico pratico e il paziente a prendere decisioni appropriate riguardo a situazioni cliniche specifiche». M.J. FIELD, K.N. LOHR, (a cura di), *Guideline for clinical practice: from development to use*, Washington, 1990, 35.

<sup>14</sup> M.J. FIELD, K.N. LOHR, (a cura di), *Guideline for clinical practice: from development to use, cit.*

<sup>15</sup> J.L. RITCHIE, J.S. FORRESTER, W.B. FYE, *Practice guidelines and the quality of care*, 28th Bethesda Conference in *J Am Coll Cardiol*, 1997, 1129.

L'obiettivo perseguito mediante l'elaborazione delle linee guida è quello di rinvenire il massimo livello di appropriatezza degli interventi sanitari in modo da ridurre il più possibile la disuguaglianza delle conoscenze nonché la differente capacità dei medici di riconoscere ed adottare le strategie assistenziali migliori. G.F. GENSINI, A.A. CONTI, *Linee guida per la realizzazione delle linee guida: uno strumento per il governo clinico. Il manuale metodologico "Come produrre, diffondere ed aggiornare raccomandazioni per la pratica clinica"*, in *Tendenze nuove*, fasc. 6/2002, 524.

<sup>16</sup> La differenza tra protocolli e linee guida è data dal fatto per cui le seconde, a differenza dei primi, si applicano senza automatismi poiché la loro applicazione deve essere valutata alla luce delle peculiarità specifiche di ciascun caso clinico. Di conseguenza le linee guida sono suscettibili di essere modellate dal professionista alla luce delle contingenze emergenti nel corso del trattamento del caso specifico. A. PIAZZA, *Responsabilità da attività sanitaria e legge 24/17 (Legge Gelli): verso una "pubblicizzazione" del rischio clinico?* In *Amministrativamente*, fasc. 1/2019, 37-38.

Secondo la definizione fornita dall'IOM (*Institute of Medicine*) le linee guida sono «statements [lett. dichiarazioni, rapporti] sviluppati in modo sistematico allo scopo di aiutare le decisioni del medico e del paziente riguardo alle cure sanitarie più adatte»; mentre i protocolli possono essere definiti quali rigidi schemi di comportamento diagnostico e terapeutico, tipici di un programma di ricerca clinica sperimentale elaborato per assicurarne la riproducibilità e quindi l'attendibilità scientifica». A. DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla L. "Gelli-Bianco"*, in *Legislazione penale*, 17.1.2018, 14.

incorporano determinati standard di condotta clinica<sup>17</sup>». La conseguenza pratica ed immediata di questa distinzione emerge in sede giudiziale per valutare se il medico, convenuto in un processo, dovrà rispondere o meno per il danno cagionato. Se le linee guida vengono interpretate come raccomandazioni il medico dovrà rispondere per colpa specifica, se vengono ritenute mere generalizzazioni all'esercente la professione sanitaria è riconosciuta maggiore discrezionalità<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> B. HURWITZ, *Clinical guidelines and the law. Negligence, discretion and judgment*, Radcliffe Medical Press, Abingdon, 1998.

<sup>18</sup> È stato osservato che «il semplice fatto che un protocollo o delle linee guida per la cura di una particolare condizione esistano di per se stesso non stabilisce che l'aderirvi sia ragionevole in tutte le circostanze o che il non farlo costituisca negligenza. Dato che la cura della salute che si conforma alle linee guida sta progressivamente diventando consuetudinaria, agire al di fuori delle indicazioni in esse contenute può esporre il medico alla possibilità di essere considerato negligente, a meno che egli possa provare una speciale giustificazione per quella determinata circostanza». B. HURWITZ, *Clinical guidelines and the law*, cit.

Sempre in detta direzione le linee guida sanitarie sono state definite dalla dottrina giuridica come «un percorso terapeutico ideale, suggerito dalla migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico, da società scientifiche di prestigio internazionale, la cui precipua finalità è quella di ridurre il grado di genericità della colpa medica, operando una sorta di sintesi e cristallizzazione dell'esperienza diffusa in ambito sanitario nell'intento di tracciare un percorso diagnostico ideale, tale da consentire l'abbandono dell'obsoleto approccio paternalistico che in molti casi ancora contraddistingue il rapporto medico paziente». L.A. TERRIZZI, *Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7/2018, 108. C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 250.

Altra parte ancora della dottrina ha qualificato le linee guida come "Dott. Jekyll e Mr. Hyde" in quanto se da un lato le stesse possono rappresentare un'opportunità per migliorare la qualità dell'assistenza nonché la definizione e l'ottimizzazione dei processi di cura pianificando i relativi investimenti; dall'altro lato, però, le stesse limitano la discrezionalità del professionista potendo portare a creare che una «procedimentalizzazione dell'attività professionale accentui, nella misura in cui si anteponga l'autorità del dato al ragionamento clinico, la deriva legalistica della medicina, e incoraggi la deresponsabilizzazione del singolo operatore, portato a privilegiare in ogni caso il percorso diagnostico terapeutico raccomandato, anche come strumento di medicina difensiva». In questo modo verrebbe violato il principio di libertà di cure contenuto nel codice deontologico in base al quale nell'individuare i mezzi diagnostici e terapeutici il sanitario non è obbligato a conformarsi alle regole condivise dalla scienza medica. Il rischio insito nelle linee guida è quello di «limitare e costringere quella estensione di "visione" omnicomprensiva che è ritenuta assolutamente necessaria in una medicina ad impronta olistica non solo nel rapporto e nella valorizzazione della persona paziente, ma anche nei modelli di ragionamento clinico». L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1085. M. CAPUTO, *"Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.3/2012, 7. M. ANBAR, *Guidelines for medical practice and the future of medicine*, in *Arch. Intern. Med.*, 1992, 266.

Ulteriore definizione che si rinviene in letteratura giuridica è quella di «sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche. Si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta. I vantaggi di tale sistematizzata opera di orientamento sono tanto noti quanto evidenti». C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cassazione penale*, n. 9/2013, 2989-2990.

Il significato maggiormente pregnante nella trattazione medico-legale<sup>19</sup> di linee guida è quello di «generalizzazioni»<sup>20</sup> ossia una seria teleologicamente coordinata di atti grazie ai quali il medesimo significato viene associato a un numero indeterminato di esperienze o elementi che si differenziano dalle mere raccomandazioni. Il primo termine risulta essere riferibile a situazioni determinate mentre il secondo alluderebbe ad una catalogazione di comportamenti da assumere in relazione a un determinato problema clinico assurgendo quindi a regola di comportamento da seguire<sup>21</sup>.

Dal punto di vista del sistema delle fonti del diritto le linee guida appartengono alla categoria del *soft law*<sup>22</sup> di conseguenza, la loro persuasività è legata al rispetto volontario delle stesse poiché il discostarsi dalle stesse non è presidiato da un sistema sanzionatorio<sup>23</sup>. La dottrina ha sostenuto che la validità delle linee guida dipende essenzialmente dal rispetto di tre fattori: applicabilità, riproducibilità e validità scientifica<sup>24</sup>. L'efficacia delle stesse può essere anche strettamente collegata con il rinvio contenuto in una legge. In questa ipotesi è la legge a prevedere che un

<sup>19</sup> A. RICCI, C. CATTÒ, N. NARDELLA, M. CAPALBO, M. T. MONTELLA, *Implicazioni medico-legali delle linee guida cliniche*, in *Pratica Medica e Aspetti legali*, n. 4/2010, 151-158.

<sup>20</sup> G. DOUMIT, M. GATTELLARI, J. GRIMSHAW, M.A. O' BRIEN, *Local opinion leaders: effects on professional practice and health care outcomes*, in *Cochrane Database Syst Rev* n. 1/2007;

<sup>21</sup> Federazione Nazionale Degli Ordini Dei Medici Chirurghi e Degli Odontoiatri. Codice di Deontologia Medica, 16 dicembre 2006. FNOMCEO: 16 dicembre 2006.

Si segnala una pronuncia della Corte di Cassazione secondo cui «in tema di responsabilità medica, le raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5, legge 8 marzo 2017, n. 24, benché non costituiscano veri e propri precetti cautelari vincolanti, tali da integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, rappresentano i parametri precostituiti a cui il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia, cosicché, in caso di accertata violazione di linee guida adeguate al caso concreto, la verifica del grado della colpa non rileva ai fini dell'affermazione della responsabilità, ma può rilevare ai fini del trattamento sanzionatorio ed ai fini delle conseguenze civilistiche di tipo risarcitorio». Cass. pen. sez. IV, 30.01.2019, n. 9447.

<sup>22</sup> La teorizzazione di detto concetto deriva dall'attività di studio svolta dal Prof. Dupuy all'esito del quale il termine *soft law* viene utilizzato per fare riferimento ad un ampio ed eterogeneo insieme di atti e fenomeni all'interno dei quali si rinvengono circolari, linee guida, direttive, orientamenti, raccomandazioni, modelli di metodo, codici di condotta ma anche lettere, regole non scritte, comunicazioni alla stampa. Il tratto caratteristico di tutti questi atti è dato dal riconoscimento agli stessi di una certa autorevolezza e dall'essere tutti espressioni di normatività. R.J. DUPUY, *The Protection of the Environment and International Law*, Sijhoff, Leiden, 1975, 623-627.

C. DELLA GIUSTINA, *Soft law e crisi del sistema delle fonti* in *Gazzetta Forense*, n. 1/2020, 116-128.

<sup>23</sup> Si deve segnalare come, a contrario, sono predisposti degli incentivi qualora il soggetto aderisca volontariamente alle linee guida, si tratta dei sistemi *pay for performance* o *pay for compliance* predisposti per i medici di medicina generale. M. LIPPI BRUNO, L. NOBILIO, C. UGOLINI, *Economic incentives in general practice: the impact of pay for participation and pay for compliance programs on diabetes care*, in *Health Policy*, n. 2 e 3, 2009, 140.

<sup>24</sup> M. BONA, G. IADECOLA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffrè, Milano, 2009, 81.

determinato comportamento debba ritenersi obbligatorio in forza del rinvio<sup>25</sup>, quindi la disposizione oggetto del rinvio viene elevata al rango di diritto positivo<sup>26</sup> nonostante «il precetto non sia derivato dal lavoro del parlamento<sup>27</sup>». Le linee guida divengono decisive in sede di giudizio precisamente nel momento in cui il giudice deve verificare il comportamento che l'operatore sanitario avrebbe dovuto tenere e le stesse finiscono per integrare il contenuto dell'art. 1176 c.c. Il compito dell'interprete è infatti quello di individuare lo *standard* di diligenza per poi procedere a confrontarlo con quello concretamente tenuto dal professionista.

La tesi maggiormente presente in dottrina<sup>28</sup> qualifica le linee guida come fonti appartenenti alle fonti secondarie oppure le definisce come «quasi fonti, difficilmente tipizzabili<sup>29</sup>». Posta questa prima qualificazione dogmatica la dottrina si divide tra chi ritiene che le linee guida possano assurgere a fonte compatibile con il sistema costituzionale italiano<sup>30</sup> e chi invece sostiene che le linee guida appartengano «al fenomeno della normazione tecnica di fonte privata in funzione integrativa delle disposizioni legislative<sup>31</sup>». Le differenti posizioni esistenti derivano dalla eterogeneità

<sup>25</sup> In questa direzione la Corte di Cassazione ha sostenuto che le linee guida appartengono alla normazione secondaria, da ciò deriva come le stesse possano essere ricondotte «a un ambito esclusivamente tecnico, il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa», diretto «strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia». Cassazione civile sez. un., 10.04.2019, n. 10018.

La Suprema Corte definì in una precedente pronuncia le linee guida come un *unicum* con la disposizione legislativa che le prevede e delega ad esse il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica. Queste caratteristiche risultano essere estranee alle conoscenze giuridiche. Cassazione civile sez. I, 02.01.2014, n. 11.

<sup>26</sup> Il sistema delle fonti ha subito nel corso del tempo una progressiva articolazione e il formalismo proprio che lo caratterizzava risulta essere attenuato dalla presenza del *soft law*.

<sup>27</sup> M. FRANZONI, *Violazione del codice deontologico e responsabilità civile, Danno e responsabilità*, Milano, 2013, 123.

<sup>28</sup> Sempre in questa direzione è stato sostenuto in dottrina che le linee guida appartengono ad un insieme specifico definibile come «sistema originale di norme secondarie» M. BONA, G. IADECOLA (a cura di), *La responsabilità dei medici edelle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Giuffrè, Milano, 2009, 81, M. P. CHITI *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contrattipubblici*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016,436.

<sup>29</sup> C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti a una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4/2019, 874.

<sup>30</sup> Questa parte della dottrina arriva a sostenere che le linee guida in ambito sanitario potrebbero essere definite anche come fonte atto in quanto «imputa(no) ad un soggetto un potere normativo e prefigura(no) un procedimento di formazione e contenuto dell'atto, inteso nell'accezione di documento contenente le prescrizioni che vincolano l'operato dell'esercente la professione sanitaria» G. FARES, *Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità della procedura di accreditamenti* in G. CARPANI, G. FARES, (a cura di), *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Giappichelli, Torino, 2017, 100.

<sup>31</sup> A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo «natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5138.

delle linee guida che rende difficoltosa una qualificazione giuridica univoca a causa del loro carattere polifunzionale<sup>32</sup>. La Corte costituzionale in numerose occasioni si è trovata dinnanzi al problema qualificatorio delle linee guida. Il criterio adottato dal Giudice delle Leggi è quello sostanziale in base al quale ha ricondotto le linee guida alla tipologia di atti aventi natura regolamentare<sup>33</sup> evidenziando come «non possono essere requisiti di carattere formale, quali il *nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito<sup>34</sup>».

Emerge come le linee guida si trovino in mezzo a due poli rappresentati dalle norme tecniche e dai regolamenti atipici, ma da questa affermazione emergono almeno due riflessioni da svolgere.

*In primis* se le linee guida possono o meno assurgere a normativa interposta; per la Corte ciò è ammissibile nell'ipotesi in cui le stesse «vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad esse rinvia<sup>35</sup>». Per la Consulta la linea guida assurgerebbe al rango di norma di diritto positivo e diventerebbe una fonte intermedia idonea a integrare precetti contenuti in una norma superiore anche in assenza di un rinvio esplicito. Il ruolo svolto dalle linee guida sarebbe quello di consentire l'individuazione del corretto comportamento che il soggetto esercente un'attività tecnica deve tenere<sup>36</sup>. In un successivo momento il Giudice delle Leggi è arrivato ad affermare, in relazione alle linee guida, che «si tratta di atti di normazione secondaria, che costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria. Essi rappresentano un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche tecniche che mal si conciliano con il contenuto di un atto legislativo e che

<sup>32</sup> Altra parte della dottrina le ha ricondotte al *soft law* quale forma di *nudging* ossia «percorso di perdita del carattere verticale del diritto ma anche rimodellamento del suo criterio di legittimazione che non è più affidato alla forma ma piuttosto a un contenuto o a delle modalità che sappiano riscuotere l'adesione indipendentemente dalle sanzioni» A.M. FERRARESE *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, 38, C. R. SUNSTEIN *Semplice, l'arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2014, 170.

<sup>33</sup> C. cost., nn. 232/2009, 247/2009, 63/2008, 51/2008, 94/2007 e 328/2006.

<sup>34</sup> C. cost., 4.10.2010, n. 278.

<sup>35</sup> C. cost. 27.1.2014, n. 11.

<sup>36</sup> C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti a una categoria in continua metamorfosi*, cit., 880.

necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale<sup>37</sup>». L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale se da un lato afferma che le linee guida non appartengono alla normazione primaria poiché possiedono i tratti caratteristici dello strumento di *soft law*, dall'altro sostiene come le stesse siano vincolanti e per questo fonte di *hard law*. Il legame stretto intercorrente tra la linea guida e la fonte primaria rende indispensabile la prima rispetto alla seconda e grazie alla seconda la prima diviene una fonte vincolante<sup>38</sup>.

*In secundis* ci si deve chiedere se sussista una differenza tra norme tecniche e linee guida. Queste ultime perseguono lo scopo di indirizzare il *facere* dell'operatore in determinati settori tecnici. Di conseguenza non risulta esservi differenze tra le due categorie poiché entrambe sono indirizzate a guarnire di indicazioni tecniche e specifiche<sup>39</sup>.

Ulteriore aspetto problematico concerne l'esatta individuazione delle linee guida a cui si riferisce la legge la quale fa un generico riferimento alle «linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica». La complessità della risposta dipende dall'esistenza di tre elementi. In primo luogo numerose raccomandazioni sono intervenute al fine di regolare l'attività medica, in secondo luogo esistono una moltitudine di autorità considerate come competenti per esprimere dette raccomandazioni. Infine la disposizione normativa *de qua* risulta essere singolare poiché non si rinvencono simili riferimenti in altri testi normativi disciplinanti attività pericolose o ritenute socialmente utili<sup>40</sup>.

In generale la maggior credibilità e autorevolezza scientifica<sup>41</sup> può essere accordata alle linee guida nazionali ed internazionali<sup>42</sup>; le linee guida regionali spesso sono

<sup>37</sup> C. cost., 22.3.2018, n.89.

<sup>38</sup> Si può sostenere come alla base del ragionamento della Corte vi sia il concetto di "giuridificazione" ossia quel procedimento mediante il quale ampi e rilevanti settori dei fenomeni sociali transitano dalla sfera del "non giuridicamente rilevante" ad una disciplina che richiama criteri, principi, tecniche di protezione derivanti dai diversi settori della società. G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2017, 15.

<sup>39</sup> Questa caratteristica induce parte della dottrina a sostenere che si possa parlare quindi di tecnocrazia. Ciò sarebbe giustificato dalla necessità di intervenire con una disciplina specifica in quei settori in cui manca tale disciplina nonostante si realizzi un *deficit* di certezza e stabilità. G. TARLI Barbieri, *Appunti sulle fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, 20

<sup>40</sup> A. SIRENA, *La responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, relazione tenuta al Convegno Ischia, 13-14 aprile 2013, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=63007>.

<sup>41</sup> Il problema dell'autorevolezza scientifica delle linee guida deriva anche dal problema del conflitto di interessi che intercorre tra ricercatori, editori ed industrie. Questi conflitti di interesse si riversano nelle linee guida e successivamente nella definizione degli *standard* necessari per parametrare scelte di politica sanitaria. R. STEINBROOK, *Guidance for Guidelines*, in *The New England Journal of Medicine*, n. 4/2007, 331.

orientate ad indirizzare l'attività medica e le scelte in campo sanitario in modo da contenere la spesa pubblica<sup>43</sup>. Sul punto è intervenuta più volte la Suprema Corte la quale ha precisato che la funzione svolta dalle linee guida non è quella di «costituire un sistema istituzionale, pubblicistico, di regolazione dell'attività sanitaria» poiché il pericolo da evitare è quello di eventuali e possibili degenerazioni causate da linee guida non aventi una base scientifica.<sup>44</sup> L'obiettivo delle linee guida è quello di «costituire non solo per i sanitari un contributo autorevole per il miglioramento della qualità del servizio, essendo tutti gli esercenti le numerose professioni sanitarie riconosciute chiamati ad attenersi, ma anche per il giudizio penale, indici cautelari di parametrizzazione, anteponendosi alla rilevanza delle buone pratiche<sup>45</sup> clinico assistenziali, che, elemento valorizzato nel decreto Balduzzi, assumono oggi rilievo solo sussidiario per il minor grado di ponderazione scientifica che presuppongono» oltre al fatto che esse devono essere interpretate come «regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente ed implicanti, in ipotesi contraria, il dovere degli operatori sanitari di discostarsene<sup>46</sup>».

La Corte costituzionale con una pronuncia del 2012<sup>47</sup> precisò che «salvo che entrino in giocodiritti o doveri costituzionali non è di norma il legislatore a dover

<sup>42</sup> G. GUERRA, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Salute e diritto*, vol. 13, n. 3/2013, 150-155.

<sup>43</sup> Cass. pen., sez. IV, del 2.3.2011, n. 8254.

<sup>44</sup> Cassa. pen., sez. IV, del 7.6.2017, n. 28187.

<sup>45</sup> Esse si differenziano dalle linee guida poiché «specificazione analitica delle stesse linee guida, indicando partitamente sequenze di comportamenti ben definiti da tenere in una attività diagnostica o terapeutica» ma allo stesso tempo «applicazione di un razionale scientifico o esperienziale rispetto a uno specifico fattore di rischio. Esse si possono ritenere idonee a prescrivere comportamenti aventi funzione preventiva ma non possono mai ridursi ad una mera indicazione di una sequenza di condotte da porre in essere «perché tra il razionale scientifico e le sue applicazioni comportamentali vi è uno stretto nesso di derivazione», da ciò discende che «l'efficacia liberatoria della condotta conforme al protocollo non discende da un dato formale, qual è l'esistenza del protocollo, ma dal suo perdurante valore scientifico»

D. CASTRONUOVO, L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di) *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Giuffrè, Milano, 2011, 973.

C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuovatipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 275.

F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *La Giustizia penale*, fasc. IX/2012, 584.

La Corte di Cassazione in una pronuncia ha specificato che le linee guida attualmente vigenti possono essere considerate «alla stregua di buone pratiche clinico-assistenziali, pur nella consapevolezza che si tratta di una opzione ermeneutica non agevole ove si consideri che le linee guidadifferiscono notevolmente, sotto il profilo concettuale, prima ancora che tecnico-operativo, dalle buone pratiche clinico-assistenziali, sostanziandosi in raccomandazioni di comportamento clinico, sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto a chiarire indicazioni utili ai medici nel decidere quali sia il percorso diagnostico-terapeutico più appropriato in specifiche circostanze cliniche». Cass. pen. sez. IV, 21.03.2019, n. 28102.

<sup>46</sup> Cass. pen., sez. un., 22.02.2018 n. 8770.

<sup>47</sup> C. cost., 26.6.2012, n. 282.

stabilire direttamente e specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico, che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione». In materia sanitaria quindi l'appropriatezza delle scelte terapeutiche non può derivare da un atto puramente discrezionale di scelte politiche mancanti di acquisizioni tecnico-scientifiche. Il ragionamento della Corte prevede che se una determinata raccomandazione è contenuta in un decreto del Ministero della Salute questo vuol dire che si tratta di una linea guida avente un proprio valore circa l'attendibilità medico-scientifica. Qualora si tratti di linee guida non ancora ufficializzate dall'autorità politica trattandosi di una linea guida "privatistica" l'attendibilità della stessa dovrà essere verificata caso per caso necessitando quindi di verificare sia l'autorevolezza della fonte dalla quale proviene sia la metodologia seguita nel procedimento di elaborazione<sup>48</sup>.

### 3. Le raccomandazioni SIAARTI dell'emergenza covid-19.

In data 6 marzo la SIAARTI<sup>49</sup> ha pubblicato delle «Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili» elaborate da un

<sup>48</sup> A. DE TURA, *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici*, in R. BALDUZZI (a cura di) *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2010, 266.

È opinione condivisa in dottrina in quanto è stato sostenuto che le caratteristiche del soggetto o della comunità scientifica nonché l'indipendenza o meno di interessi economici siano fattori dirimenti nella valutazione dell'attendibilità della linea guida presa in esame. In questo senso è stato proprio il legislatore a prevedere la necessità di accreditamento delle linee guida e pratiche terapeutiche presso la comunità scientifica. Nel momento in cui il processo poc'anzi descritto si sia compiuto con successo le linee guida accreditate operano quali direttive scientifiche per il professionista. C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, cit., 2993-2994.

<sup>49</sup> Si ritiene importante segnalare come la stessa SIAARTI abbia adottato la seguente definizione di linee guida «guidelines should be considered as general principles rather than specific instructions; for this reason, they consist of a conceptual framework that aims to help in the management of problems in clinical bioethics and not to limit the decision-making power of individual specialists, who remain in possession of the freedom and the related personal responsibility for decisions taken in individual clinical cases. They are consistent with the general ethical principles that regulate care for patients in critical conditions» L. ORSI, *SIAARTI guidelines for admission to and discharge from Intensive Care Units and for the limitation of treatment in intensive care*, in *Minerva Anestesiologia*, vol. 69, n.3/2003, 101.

proprio gruppo di lavoro per fronteggiare l'emergenza causata dal diffondersi del covid-19.

Questo documento costituisce la base di partenza per svolgere diverse riflessioni. *In primis* è necessario valutare la portata giuridica di queste raccomandazioni e quindi chiedersi se le stesse possiedono un valore vincolante e se il loro contenuto può essere ritenuto legittimo costituzionalmente. *In secundis* ci si deve interrogare sulla portata bio-giuridica di queste raccomandazioni ossia se e in che misura possano ritenersi eticamente accettabili<sup>50</sup>.

### 3.1. Violazione delle fonti normative.

Partendo dal primo elemento si richiama l'art. 5 co.3 l. n. 24/2017 il quale prevede la procedura di accreditamento per le linee guida richiedendo che le stesse vengano prima valutate dall'ISS (Istituto Superiore sanità) per poi essere successivamente integrate nel SNLG (Sistema nazionale per le linee guida) qualora ritenute conformi<sup>51</sup>. Le raccomandazioni SIAARTI non risultano pubblicate, al momento<sup>52</sup>, sul portale del Sistema Nazionale di conseguenza si dubita del valore vincolante e legale delle stesse ma ci si interroga sul loro potenziale valore. A questo livello della trattazione si può sostenere che la validità delle stesse dovrebbe essere verificata nel caso concreto e nell'ipotesi di eventuale contenzioso. Il giudice verificherà, in quell'occasione, la validità delle stesse e la loro eventuale applicabilità. Parte della dottrina ha sostenuto, invece, che le raccomandazioni contenute nel documento SIAARTI non possiedono un valore giuridico normativo<sup>53</sup> di conseguenza non sarebbero idonee ad esimere il

<sup>50</sup> C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *Biolaw Journal*, 15.3.2020.

<sup>51</sup> Precisamente le società scientifiche e le associazioni tecno-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in un apposito elenco ex DM 2/8/2017 propongono al CNEC (Centro Nazionale eccellenza clinica e qualità delle cure) le linee guida da pubblicare sul Sistema Nazionale per le linee guida SNLG presso l'ISS il quale valuta la possibile pubblicazione alla luce dei criteri resi pubblici e sulla scorta della rilevanza scientifica posta alla base di dette raccomandazioni.

<sup>52</sup> La consultazione del sito <https://snlg.iss.it/> è avvenuta in data 16.10.2020.

<sup>53</sup> In dottrina è stato altresì ritenuto che uno degli scopi della procedura di accreditamento delle linee guida sia quello di sottoporre ad una valutazione affidabile la validità stessa del sapere scientifico in modo da evitare la crescita della *junk science*. L. SCARAMELLINI, *Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Giurisprudenza penale Web*, n. 4/2020, 12.

Posta questa premessa ci si chiede quindi se le raccomandazioni SIAARTI appartengano alla *good* o alla *bad science*.

responsabile dalla decisione giuridica e morale ma possono essere assimilate ai protocolli. Si tratta di un'affermazione che necessita a sua volta di una precisazione. Lo scopo che viene perseguito mediante l'adozione dei protocolli è quello di fornire indicazioni scientifiche, le raccomandazioni, a contrario, forniscono indicazioni etiche rispetto alle quali è certamente compito della SIAARTI intervenire. Le raccomandazioni di cui si tratta però perseguono l'obiettivo di fornire supporto al personale sanitario per ridurre l'ansia, lo *stress* e il senso di solitudine. È evidente quindi che si tratta di indicazioni elaborate al fine unico di supportare psicologicamente il personale sanitario<sup>54</sup>. In conclusione, le raccomandazioni SIAARTI non possiedono un valore normativo ma perseguono lo scopo di fornire un supporto psicologico all'*equipe* sanitaria durante la gestione dell'emergenza epidemiologica.

Superata questa prima *impasse* si deve procedere alla contestualizzazione delle raccomandazioni SIAARTI all'interno dell'ordinamento giuridico italiano nel quale il diritto alla salute viene qualificato come diritto fondamentale dell'individuo<sup>55</sup> ed interesse della collettività rinvenendo la propria fonte costituzionale negli artt. 2, 3, 32, Cost. Oltre a ciò si devono richiamare altre due fonti ossia l'art. 1 l. n. 833/1978<sup>56</sup> il quale enuncia che «il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio» nonché l'art. 6 co. 2 del Codice di Deontologia medica il quale indica l'obbligo di curare alla luce dei seguenti principi: uso ottimale delle risorse combinato alla garanzia dell'efficacia, della sicurezza e dell'umanizzazione dei servizi sanitari evitando ogni forma di discriminazione nell'accesso alle cure. A completare questo quadro normativo vi sono

<sup>54</sup> D. CASTELLANO, *Coronavirus e raccomandazioni per «medicina delle catastrofi»: qualche riflessione*, in *Filodiritto*, 17.3.2020.

Non si concorda con la tesi appena esposta in quanto le finalità che il documento SIAARTI persegue sono duplici: la prima è quella evidenziata dalla dottrina citata ma la seconda concerne la volontà «di rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità». Si tratta di scelte che non appartengono alla SIAARTI ma al legislatore in quanto discrezionali. In tal senso «during a public health emergency, allocation decisions will be the responsibility of state public health departments with federal guidance and support» D. B. WHITE, *Who Should Receive Life Support During a Public Health Emergency? Using Ethical Principles to Improve Allocation Decisions*, in *Ann Intern Med.*, n. 20/2009, 135-136.

<sup>55</sup> L'art. 32 Cost. è l'unico esempio in cui la Costituzione definisce *expressis verbis* un diritto come fondamentale.

<sup>56</sup> Si tratta della legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale.

due pronunce della Corte costituzionale con le quali è stato evidenziato come il «nucleo irriducibile del diritto alla salute» non possa essere annientato dalle esigenze finanziarie<sup>57</sup>.

Le raccomandazioni SIAARTI prevedono la possibilità che qualora non vi siano sufficienti posti in terapia intensiva l'accesso alla stessa debba essere condizionato dal rispetto di alcuni parametri quale l'anzianità e la fragilità del paziente<sup>58</sup> nonché l'esistenza di patologie cliniche<sup>59</sup>. Questa previsione persegue un duplice scopo: fornire una metodologia per fronteggiare l'esistenza di una situazione straordinaria e favorire la probabilità di sopravvivenza.

Si tratta di una previsione che risulta essere molto problematica. In primo luogo, è evidente la violazione con l'art. 3 Cost. sia nella sua formulazione formale che sostanziale.

In secondo luogo, si deve richiamare la circolare del Ministero della Salute del 29 febbraio<sup>60</sup> la quale prescrive la necessità che ogni Regione comunichi al Ministero della Salute, Direzione Generale della Programmazione, informazioni riguardanti le risorse sanitarie esistenti in quel dato territorio regionale entro 48 ore. Oltre a ciò viene prescritto come procedere qualora i posti in terapia intensiva risultino essere esauriti. Si tratta di prescrizioni che non possiedono alcuna somiglianza se rapportate alle raccomandazioni SIAARTI in quanto le prime dettano criteri per concentrare tutte le risorse disponibili in un dato contesto ospedaliero nella gestione dell'emergenza sanitaria<sup>61</sup>. La SIAARTI ha elaborato le proprie raccomandazioni il 6 marzo, quindi in data successiva alla circolare *de qua* ma le prime non contengono alcun riferimento né implicito né esplicito alla seconda.

<sup>57</sup> C. cost. 26.5.2005 n. 202 e C. cost. 16.7.1999, n. 309.

<sup>58</sup> La critica mossa proprio a questi due parametri utilizzati è stata che «they explicitly recognize that age should not be the only consideration, these recommendations seem to propagate the misguided notion that being elderly and being frail are synonymous» P.E. BORESKIE, *Age is just a nu,ber – and so is frailty: Strategies to inform resource allocation during the Covid-19 pandemic*, in *Canadian Journal of Emergency Medicine*, Aprile, 2020, 2

<sup>59</sup> A questo proposito le raccomandazioni precisano che «i criteri riguardano tutti i pazienti intensivi, non solo i pazienti infetti con infezione da Covid-19».

<sup>60</sup> «Linee di indirizzo assistenziale del paziente critico affetto da Covid-19».

<sup>61</sup> «Qualora non esista disponibilità di posti letto in terapia intensiva per i pazienti da sottoporre a ventilazione artificiale assistita, bisogna provvedere alla rimodulazione in urgenza dell'attività chirurgica programmata utilizzando le camere operatorie ed il personale formato ad esse dedicato, nonché le attrezzature ivi presenti. In alternativa possono essere considerate le seguenti opzioni di allocazione dei pazienti: - unità di terapia sub-intensiva respiratoria nei reparti pneumologici utilizzando il personale formato per le procedure respiratorie ad esse dedicato, nonché le attrezzature ivi presenti; - unità di malattie infettive, che dispongano di livelli di isolamento, utilizzando il personale formato sulle procedure di controllo delle infezioni, ma che dovrà essere formato per l'utilizzo delle attrezzature per la respirazione assistita che dovranno essere acquisite» Circolare Ministero della Salute, 29.2.2020, 5.

Profilo di dubbia legalità, sub-specie legittimità costituzionale, è dato dalla delega contenuta in questo documento SIAARTI a favore dei clinici in materia di allocazione di risorse sanitarie sulla scorta di un giudizio prognostico «probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata<sup>62</sup>». Si richiama a tal proposito la già menzionata sentenza della Corte costituzionale<sup>63</sup> con la quale la Consulta ha sostenuto che la regola è che le pratiche terapeutiche ammesse non possano essere stabilite dalla valutazione discrezionale del legislatore poiché la pratica dell'arte medica ha quale fonte le acquisizioni scientifiche e sperimentali. L'eccezione a questa regola è data dall'esistenza di diritti o doveri costituzionali, nel qual caso la scelta spetta alla discrezionalità legislativa.

Ulteriore perplessità è data da uno dei due scopi<sup>64</sup> per il quale la SIAARTI ha deciso di elaborare questo documento ossia «sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi». Si tratta di responsabilità morale o giuridica? La prima ipotesi risulterebbe essere conforme alla funzione tipica assolta dalle linee guida cioè «di assistere i medici nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanza cliniche<sup>65</sup>». Nella seconda ipotesi si tratterebbe di prevedere una causa di esclusione della punibilità contenuta in un atto di *soft law*<sup>66</sup> non accreditato dall'ISS. Di conseguenza si propende per l'adozione della prima delle due opzioni ermeneutiche sia alla luce della denunciata incompatibilità tra diritto penale e *soft law*<sup>67</sup> da parte della dottrina penalistica sia nel rispetto del ruolo assolto dalle linee guida<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> È stata adottata questa “soluzione” perché il criterio *first come/first served* comporta il rischio di non poter curare chi ha maggiori possibilità cliniche di sopravvivenza.

<sup>63</sup> C. cost., 26.6.2012, n. 282.

<sup>64</sup> L'altro è rappresentato dalla necessità «di rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità».

<sup>65</sup> R. GRILLI, A. PENNA, A. LIBERATI, *Migliorare la pratica clinica*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 1995.

<sup>66</sup> Si precisa che la causa di esclusione della punibilità non viene etero-integrata da un rinvio formale a norme di *soft law* extrapenalistiche ma dal contenuto di stretta integrazione senza che questo produca una specie di *hardizzazione* della norma di *soft law* richiamata la quale non assume immediatamente efficacia vincolante. In altri termini «non tutti coloro che osservano le linee guida non sono per ciò solo in colpa, come non tutti coloro che non le osservano versano per ciò solo in colpa». A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in M. BERLINO, G. FORTI, L. EUSEBI (a cura di) *Studi in onore di M. Romano*, I, 2011, Jovene, Napoli, 44.

In giurisprudenza è stato affermato che l'art. 6 c. 1 l. n. 24/2017 non contenebbe una vera e propria causa di non punibilità poiché la previsione contenuta nello stesso deve essere interpretata come non rimproverabilità della condotta all'agente poiché risulta mancante il giudizio di colpevolezza in relazione al parametro della colpa. Cass. pen. sez. un. 21.12.2017, n. 8770.

<sup>67</sup> Il diritto penale ha rappresentato e rappresenta l'emblema di quello che è stato definito l'*hard law* (tradizionale strumento di normazione emanato secondo determinate procedure da soggetti aventi autorità i quali producono

Il documento SIAARTI non può essere compreso all'interno dell'ambito applicativo dello stato di necessità in senso giuridico, ossia, il medico che rifiuta di far accedere alla terapia intensiva un determinato paziente per salvarne un altro non potrebbe appellarsi all'art. 54 c.p.<sup>69</sup> alla luce di diverse considerazioni. *In primis* l'art. 54 c.p. enuncia che non è punibile «chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona». Se il medico adottasse i criteri della SIAARTI eviterebbe un danno grave ad un soggetto causandolo ad un altro in modo volontario, così facendo il medico sacrificerebbe un terzo innocente per salvare la vita ad altri, ma si tratta di una condotta inammissibile<sup>70</sup>. L'art. 54 c.p. postula anche che il pericolo non deve essere causato volontariamente dall'agente ma l'omettere la cura con terapia intensiva viene a costituire un'opzione idonea a creare la morte del paziente ritenuto non idoneo alla terapia intensiva. La disposizione dell'art. 54 c.p. richiede infine che il pericolo non debba essere altrimenti evitabile mentre nel caso specifico il pericolo per il paziente sarebbe eliminabile con l'accesso alla terapia intensiva. Il medico che non può fornire trattamenti sanitari idonei ad un determinato paziente nell'ipotesi in cui gli stessi risultino essere esauriti verrebbe a trovarsi in uno stato di impossibilità e non di

---

norme aventi efficacia vincolante nei confronti dei destinatari) oltre ad essere una branca del diritto che ammette solo limitate tipologie di origine parlamentare o eccezionalmente governativa. Gli aspetti che differenziano il diritto penale inteso come *hard law* rispetto all'insieme del *soft law* concernono gli organi deputati alla produzione normativa, le fonti, la determinazione della previsione (si ricordi che il diritto morbido non possiede quale regola il principio di determinatezza), i destinatari ed infine il grado di vincolatività. A. BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, in A. SOMMA, *Soft law e hardlaw nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, 2.

<sup>68</sup> È stato sostenuto come non sia importante sottolineare questo aspetto, l'opinione di chi scrive è che in questa situazione di abuso di espressioni linguistiche sia assolutamente necessario precisare ogni singola parola. Si concorda sulla circostanza secondo l'espressione «sollevare dalla responsabilità» debba essere interpretata come «sollevare i clinici dalla carica emotiva connessa a scelte che possono essere particolarmente gravose, nel singolo caso e nelle specifiche circostanze, mettendo a loro disposizione una guida utilizzabile quale supporto nell'assunzione delle responsabilità». M. PICCINNI, A. APRILE, P. BENCIOLINI, L. BUSATTA, E. CADAMURO, P. MALACARNE, F. MARINI, L. ORSI, E. PALERMO FABRIS, A. PISU, D. PROVOLO, A. SCALERA, M. TOMASI, N. ZAMPERETTI, D. RODRIGUEZ, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"*, in *Il Pensiero Scientifico*, n. 4/2020, 217.

<sup>69</sup> Precisamente si ritiene che la scriminante in questione sottende un concetto di «mera tolleranza che «non offre una giustificazione né adeguata né realistica dell'attività medico-chirurgica nel suo valore sociale di attività di per sé giuridicamente consentita» F.BELLAGAMBA, *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2000, 1860. G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 4/2020.

<sup>70</sup> G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 1986, 391.

necessità<sup>71</sup> ed il primo postula che *ad impossibilia nemo tenetur*<sup>72</sup>. Qualora il medico decidesse di applicare le linee guida SIAARTI fornirebbe trattamenti sanitari di cura intensiva necessari ad alcuni soggetti escludendone altri<sup>73</sup>.

Si ritiene altresì che le raccomandazioni SIAARTI contrastino, nella parte in cui impongono la sedazione palliativa quale alternativa all'accesso alla terapia intensiva, anche con le disposizioni contenute nella l. n. 219/2017<sup>74</sup>. Quest'ultima indica la propria finalità ossia la «tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (art. 1 co.1). Questa prima previsione risulta essere totalmente disattesa dal documento della SIAARTI del 6 marzo 2020. Lo stesso, infatti, non rappresenta l'atto normativo idoneo richiesto, ossia la legge, per poter somministrare un trattamento sanitario (sedazione palliativa) ad una persona senza il consenso della stessa. La l. n. 219/2017 richiama, infatti, la disposizione dell'art. 32 co.2 Cost. secondo la quale «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di

<sup>71</sup> Dottrina contrapposta ha sostenuto come si dovrebbe procedere a una rilettura dell'art. 54 c.p. qualora il medico trovandosi nella condizione di scegliere quale tra due pazienti curare preferisse quello con maggiori probabilità di salvezza. In detta ricostruzione dottrina l'effettiva operatività della causa di giustificazione dovrebbe rispettare quattro requisiti: l'esistenza di un pericolo attuale e idoneo a minacciare la vita o l'integrità del paziente salvato; si deve trattare di un pericolo non evitabile dall'agente, l'esistenza di proporzionalità fra il pericolo alla vita del paziente salvato e il fatto lesivo ed infine la scelta del paziente da salvare non deve essere frutto dell'arbitrarietà del medico ma deve seguire criteri scientifici. N. ZAMPAOLO, *Scudo penale e responsabilità medica durante l'emergenza Covid-19*, in *Filodiritto*, 8.4.2020.

<sup>72</sup> La giurisprudenza penale ha precisato che l'oggettiva impossibilità del soggetto agente di adottare la condotta idonea a non realizzare l'evento descritto dalla fattispecie penale possa condurre ad un verdetto assolutorio con la formula «il fatto non sussiste» Cass., pen., sez. VI, 10.5.2011, n. 27051.

L'accertamento deve essere condotto sotto un duplice profilo ossia oggettivo consistente nella impossibilità materiale di eseguire la prestazione e uno soggettivo ossia inesistenza del carattere volontario e incolpevole dell'indisponibilità delle risorse. Da un punto di vista probatorio non risulta sufficiente una mera documentazione formale ma viene richiesta l'allegazione di tutti gli elementi dai quali dimostrare l'incapacità di adempiere. F. PARISI, *Insoliti riconoscimenti dell'impossibilità economica ad adempiere nel delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare: una Cassazione più attenta alle ragioni dei genitori in difficoltà?* In *Diritto penale contemporaneo*, 27.7.2011.

Da un punto di vista civilistico parte della dottrina giunge alla medesima considerazione: la condotta del medico che in una situazione di emergenza sanitaria salva la vita di un paziente a discapito di un altro configura un'ipotesi di impossibilità di eseguire la prestazione dovuta per causa non imputabile che lo esonera da responsabilità civile. M. PICCINNI, A. APRILE, P. BENCIOLINI, L. BUSATTA, E. CADAMURO, P. MALACARNE, F. MARINI, L. ORSI, E. PALERMO FABRIS, A. PISU, D. PROVOLO, A. SCALERA, M. TOMASI, N. ZAMPERETTI, D. RODRIGUEZ, *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione ai trattamenti intensivi per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili, cit.*, 220.

<sup>73</sup> D. CASTELLANO, *Coronavirus e raccomandazioni per «medicina delle catastrofi»: qualche riflessione, cit.*

<sup>74</sup> Legge 22.12.2017, n. 219, G.U. serie generale n. 12 del 16.1.2018.

legge». Questo comma disciplina i trattamenti sanitari obbligatori (TSO) cioè «ogni misura diagnostica e terapeutica mirante a prevenire o a curare una malattia laddove si tratti di una misura imposta dalla legge; tra i trattamenti sanitari sono comprese le vaccinazioni che, ove imposte per legge, sono da considerarsi trattamenti sanitari obbligatori<sup>75</sup>». Il TSO può avere quale fonte solamente la legge sussistendo una riserva di legge che, nell'opinione di chi scrive, deve ritenersi assoluta<sup>76</sup> poiché lo stesso art. 32 co.2 Cost. enuncia che il trattamento obbligatorio può sorgere solamente «per disposizione di legge» e non «secondo disposizione di legge». Oltre a questo adottando una lettura costituzionalmente orientata si ritiene che l'art. 32 co.2 prevedendo la potenziale somministrazione di un «determinato» trattamento sanitario richieda necessariamente che la stessa legge intervenga a disciplinare la materia in maniera puntuale e precisa. La giurisprudenza costituzionale ha precisato che il trattamento è preordinato «non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale<sup>77</sup>». La conseguenza di detta affermazione è che un determinato trattamento sanitario «può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili<sup>78</sup>». Ulteriore requisito enucleato dalla Corte costituzionale per ammettere un TSO è che la «dignità della persona, che comprende anche il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute ed al mantenimento della vita lavorativa e di relazione compatibile con tale stato, con conseguente esclusione anche di qualsivoglia finalità discriminatoria<sup>79</sup>». Nel caso delle raccomandazioni SIAARTI non

<sup>75</sup> A. A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26.5.2017, 1.

<sup>76</sup> La questione non è pacifica in dottrina infatti A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano 1967, 87-88 sostiene che si tratti di riserva assoluta mentre V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 558-559 configura detta riserva come relativa.

La Corte costituzionale ha sostenuto che si tratta di una riserva di legge statale anche in seguito all'entrata in vigore della l. cost. 3/200. C. cost. 19.6.2002 n. 282, 14.11.2003 n. 338, 15.12.2008 n. 438.

<sup>77</sup> C. cost. 23.6.1994 n.258.

<sup>78</sup> C. cost. 22.6.1990 n. 307.

<sup>79</sup> C. cost. 2.6.1994 n. 218.

solo si tratta di un atto di *soft law*<sup>80</sup> non accreditato e di conseguenza contrastante con l'art. 32 co.2 Cost. ma anche di un atto che contiene delle discriminazioni fondate sull'età e sullo stato di salute del paziente e che prospetta la sedazione palliativa nel momento in cui il paziente venga giudicato come non meritevole per l'accesso in terapia intensiva. Nel caso delle raccomandazioni SIAARTI il trattamento imposto sarebbe appunto una sedazione quale alternativa al trattamento sanitario appropriato ossia la terapia intensiva. Il problema è che la seconda rappresenta una *chance* di vita per il paziente, la prima è funzionale solamente ad evitare l'insorgenza di un periodo agonico. A tal proposito si deve osservare che l'accesso alla terapia intensiva non in tutti i casi integra la fattispecie di accanimento terapeutico rappresentando al contrario "una potenziale e possibile cura salva vita".

Il secondo aspetto nevralgico della l. n. 219/2017 è dato dalla previsione secondo cui «è promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1 co.2). Il consenso informato<sup>81</sup> rinviene la propria fonte costituzionale «negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, che pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute<sup>82</sup>» e rappresenta un vero e proprio diritto della persona. Il documento SIAARTI prevede solamente la possibilità di attenersi alla volontà del soggetto qualora lo stesso l'avesse manifestata in precedenza attraverso le DAT. Si tratta di un

<sup>80</sup> Parte della dottrina le ha qualificate come «provvedimenti contingibili e urgenti, giustificati dalla situazione di fatto da cui traggono origine, eccezionali e transitori quanto quest'ultima, e ammissibili fintantoché essa perduri, in base a quel criterio di proporzionalità e temporalità indicato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alle ordinanze in deroga». G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle Raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?* In *RivistaAIC*, n. 3/2020, 116. Non si condivide la tesi appena prospettata poiché, come sostenuto in precedenza, le raccomandazioni sono ascrivibili al *genus* linee-guida di cui costituiscono il contenuto.

<sup>81</sup> La necessità dello stesso è contenuta nel Codice di Norimberga (1947), nella Convenzione di Oviedo (Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina 1997) alla quale è stato aggiunto un Protocollo aggiuntivo il quale all'art. 5 stabilisce che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato». Infine una disposizione simile è contenuta nella Carta di Nizza la quale enuncia che nella pratica medica deve essere rispettato «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge» ex art. 3 co. 2. A. SANTOSUOSSO, *Integrità della persona, medicina e biologia: l'art. 3 della Carta di Nizza*, in *Danno e responsabilità*, n. 8-9/2002, 809.

Il consenso informato affinché sia valido deve possedere determinati requisiti ossia: personalità, libertà e spontaneità, attualità e revocabilità, specificità e forma. C. TROISI, *Il consenso informato nella responsabilità medica*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), 1-19.

<sup>82</sup> C. cost. 15.12.2008 n. 438.

mero richiamo alla l. n. 219/2017 e solo qualora il soggetto avesse in precedenza redatto le disposizioni anticipate di trattamento. Il *punctum dolens* concerne il pieno ed esclusivo potere decisionale in capo al personale sanitario circa l'ammissibilità ai trattamenti di terapia intensiva. Non si richiama nessun consenso informato né nei confronti del paziente né nei confronti dei familiari ma solo una procedura di motivazione, documentazione e comunicazione della decisione arbitrariamente assunta. A tal proposito si ricorda che «per scegliere tra il male e il peggio, che nelle pieghe della medicina sono leggibili entro dimensioni valoriali individuali, non ci sono linee-guida o protocolli che tengano, perché non c'è nessuna verità epistemica qui da difendere o da far avanzare. Non esiste, infatti, una Verità bioetica (scritta con la maiuscola) e se non esiste una verità tutti i criteri sono arbitrari, compresa l'età anagrafica<sup>83</sup>».

Ulteriore criticità del documento SIAARTI è rappresentata dalla circostanza in base alla quale è la stessa *equipe* sanitaria a decidere chi ha diritto di vivere e chi non lo ha mediante l'accesso alla terapia intensiva sulla base dei parametri contenuti nelle stesse raccomandazioni. La previsione SIAARTI viola di conseguenza anche l'art. 1 co. 7 l. 219/2017 il quale enuncia che «nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche le circostanze consentano di recepirlo» poiché la prima, a contrario, contiene i criteri in base ai quali non somministrare dette cure necessarie per la sopravvivenza dei pazienti.

### **3.2. Problematiche bio-giuridiche rinvenibili nel contenuto del documento SIAARTI.**

Dal punto di vista bio-giuridico il documento della SIAARTI<sup>84</sup> nel dettare un limite di accesso alla terapia intensiva qualora le risorse sanitarie dovessero non essere

<sup>83</sup> G. DEL VECCHIO, *Etica e scelte di fine vita in epoca di COVID-19*, in *Quotidianosanità.it*, 2.4.2020.

<sup>84</sup> Belgian Society of Intensive care medicine *Ethical principles concerning proportionality of critical care during the 2020 COVID-19 pandemic in Belgium: advice* (2020) ha sostenuto come l'età sia un parametro da utilizzare unitamente ad altri elementi. Il fatto che un paziente sia anziano non rappresenta un criterio idoneo per valutare la proporzionalità o non proporzionalità delle cure rispetto a quel determinato soggetto. Si richiama anche il documento *Bioetica delle catastrofi* adottato dal Comitato sammarinese di Bioetica nel quale è stato precisato che «priorità dei trattamenti deve essere calcolata sulla base di una corretta applicazione del *triage*, nel rispetto di ogni vita umana, indipendentemente dall'età, dal genere, dall'appartenenza sociale o etnica, dall'abilità».

sufficienti prevede altresì che per i pazienti giudicati non idonei alle cure intensive l'*equipe* sanitaria debba provvedere a motivare, documentare e comunicare la limitazione alle cure. Il modello bioetico a cui sono ispirate le raccomandazioni SIAARTI richiama molto quello utilitarista<sup>85</sup> in base al quale il soggetto che deve assumere una decisione di politica sanitaria nel momento in cui deve stabilire in che modo distribuire un bene scarso per curare un determinato numero di persone deve prendere in considerazione una serie di parametri quali età della persona<sup>86</sup>, numero di anni di vita e qualità della stessa, presenza di comorbidità e stato di salute. Si tratta di un approccio bioetico non compatibile con la nostra Carta costituzionale, con le leggi nazionali e con il Codice Deontologico<sup>87</sup> dei medici in quanto dal combinato disposto di queste disposizioni emerge che, anche durante l'esistenza di situazioni straordinarie, e quando si tratta di beni quali la salute e la vita, tutti gli individui possiedono pari valore «e tutti possono vantare un diritto incontestabile alla salute<sup>88</sup>». Le raccomandazioni SIAARTI<sup>89</sup> prevedono, a contrario, delle corsie di

<sup>85</sup> Questo modello prevede che l'accesso alle cure e l'assistenza sanitaria possano essere riconosciute solamente a chi ha una vita degna di essere vissuta rapportata al raggiungimento di un prevedibile numero di anni di vita da vivere e ad un determinato *standard* di qualità della vita stessa. In questo contesto è emerso il dibattito sull'*ageism* ossia la discriminazione in base all'età. L'*ageism* è dato dalla contemporanea esistenza dei seguenti elementi: presenza di pregiudizi nei confronti delle persone anziane, anzianità ed invecchiamento, la messa in atto di pratiche discriminatorie nei confronti delle persone anziane, la diffusione di pratiche istituzionali che perseguono detti obiettivi. R. BUTLER, *Age-ism: another form of bigotry*, in *The Gerontologist*, n. 9/1969, 243-246.

I principi cardine dell'utilitarismo negano lo stesso significato di giustizia poiché negano la dignità di ogni uomo senza distinzioni estrinseche, distinguono tra vite degne e non degne. Si tratta quindi di criteri incompatibili con la tutela dei diritti umani e con il diritto alla salute.

P. SINGER, *Etica pratica*, Liguori, Napoli 1991; J. HARRIS, *The Value of Life*, Routledge, London, 1985. L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?* in *Biolaw Journal*, 22.3.2020.

<sup>86</sup> In relazione al parametro dell'età di una persona è stato evidenziato che «advanced age was rejected as a triage criterion because it discriminates against the elderly». An additional consideration was that 'age already factors indirectly into any criteria that assess the overall health of an individual (because the likelihood of having chronic medical conditions increases with age)'. There is therefore a risk that age becomes 'double-weighted' in triage decisions» S. MICHALOWSKI, B. HAN-PIE, B. CAMIATO, F. SERÓDIO MENDES, W. MARTIN, *Triage in the Covid-19 Pandemic. Bioethical and Human Rights Considerations*, in *A Joint Technical Report of The Essex Autonomy Project & The Ethics of Powerlessness Project University of Essex*, 6.4.2020, 2.

<sup>87</sup> È evidente come lo stesso giuramento professionale contenuto nel Codice di Deontologia Medica prevede espressamente il perseguimento della difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica, l'impegno di curare ogni paziente in maniera scrupolosa e «senza discriminazione alcuna, promuovendo l'eliminazione di ogni forma di disuguaglianza nella tutela della salute».

L'art. 3 del Codice Deontologico enuncia che «Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera», l'art. 6 al secondo comma stabilisce quale come sia compito del medico «contrastando ogni forma di discriminazione nell'accesso alle cure».

<sup>88</sup> L. D'AVACK, *Covid-19: Criteri etici*, in *Biolaw Journal*, 23.3.2020, 4.

preferenza per l'accesso alle cure creando quindi una gerarchia tra soggetti meritevoli di ricevere le cure e soggetti che non lo sono<sup>90</sup>. Il principio che dovrebbe fungere da monito soprattutto durante l'emergenza sanitaria è che «dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo<sup>91</sup>». La Suprema Corte con una pronuncia evidenziò come «la non vita non può essere un bene della vita; per la contraddizione che nol consente<sup>92</sup>».

Recentemente <sup>93</sup> la nostra Corte costituzionale ha sostenuto che «la piena realizzazione dei doveri di solidarietà e di tutela della dignità umana deve essere assicurata attraverso la qualità e l'indefettibilità del servizio, ogniqualvolta un individuo dimorante sul territorio regionale si trovi in condizioni di bisogno rispetto

---

Si richiama anche la dichiarazione del presidente della federazione nazionale dell'ordine dei medici (Fnomceo), Filippo Anelli che, con riferimento alle raccomandazioni SIAARTI, ha sostenuto che «nostra guida, prima di qualunque documento che subordini l'etica a principi di razionamento, e che dovrebbe in ogni caso essere discusso collegialmente dalla professione, resta il codice di deontologia medica. E il codice parla chiaro: per noi tutti i pazienti sono uguali e vanno curati senza discriminazioni», dichiarato in TGCOM24, 8/03/20, 12:21.

<sup>89</sup> Vi è anche chi ha sostenuto che si tratti di un documento coraggioso poiché «in un contesto in cui le istituzioni evitano di affrontare il tema ha operato la scelta di elaborare e di rendere espliciti e pubblici i criteri di ammissione ai (e sospensione dei) trattamenti intensivi in condizione di straordinaria scarsità delle risorse sanitarie prendendosi, in questo modo, una responsabilità pubblica di fronte ai cittadini». D. RODRIGUEZ, *Dagli anestesisti e rianimatori una difficile presa in carico di responsabilità che merita rispetto*, in *Quotidianosanità.it*.

<sup>90</sup> Non si vuole sostenere come conforme a Costituzione l'accanimento terapeutico per tale intendendo un «trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunge la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulta chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica» Comitato Nazionale per la Bioetica italiano, documento del 1995.

La critica alle raccomandazioni SIAARTI muove dalla considerazione secondo cui le stesse nonostante richiamino i principi di «appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure ispirate anche a un criterio il più possibile condiviso di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate» alla fine risultano esse stesse violative della dignità umana poiché impongono scelte ai pazienti dettate non dalla volontà di questi ultimi ma da una decisione arbitraria di un'*équipe* medica. Questa tendenza che emerge dalla lettura delle raccomandazioni risulta essere in netto contrasto con la nostra Costituzione e per evidenziare ciò è sufficiente richiamare una pronuncia della Suprema Corte. La Cassazione statui nel caso Englaro che il «principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del rispetto della persona umana in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive (...) Il diritto alla salute come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire». Ciò deve valere anche per l'incapace, «in considerazione del fatto che la dignità dell'essere umano impone di rispettarne il volere espresso quando era in grado di prendere decisioni consapevoli». Cass. civ., sez. I, 4-16.10.2007, n. 21748.

<sup>91</sup> Corte EDU, n. 2346/2002, (*Pretty v. Regno Unito*), C. cost., 25.9.2019, n. 242.

<sup>92</sup> Cass. civ., sez. un., 22.12.2015, n. 25767.

<sup>93</sup> C. cost., 15.1.2020, n. 62.

alla salute. È in quanto riferito alla persona che questo diritto deve essere garantito, sia individualmente, sia nell'ambito della collettività di riferimento. Infatti, il servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale è, in alcuni casi, l'unico strumento utilizzabile per assicurare il fondamentale diritto alla salute».

Il documento SIAARTI non è la fonte idonea a decidere l'allocazione delle risorse sanitarie ma, oltre ai motivi esposti in precedenza, rischia di essere un pericoloso precedente che unito alle altre attività di normazione del Governo italiano durante l'emergenza Covid-19 propende a favore della tecnocrazia<sup>94</sup>. Si precisa che l'apporto della tecnica è imprescindibile negli ordinamenti democratici contemporanei a causa della natura sempre più complessa della società la quale si diversifica e si segmenta richiedendo quindi risposte fondate su un sapere scientifico approfondito. Oltre a ciò le scelte politiche devono essere assistite da competenze e valutazioni di carattere tecnico. Il problema nasce quando la tecnica si trasforma in tecnocrazia ossia nel momento in cui «si sostituisce al circuito elettorale Parlamento – Governo per assumere in prima persona le decisioni politiche essenziali ed anche la scelta dei mezzi per conseguirli<sup>95</sup>». Stato tecnocratico e democratico risultano essere incompatibili infatti «se il protagonista della società industriale è l'esperto non può essere il cittadino qualunque. La democrazia si regge sull'ipotesi che tutti possano decidere di tutto. La tecnocrazia, al contrario, pretende che chiamati a decidere siano i pochi che se ne intendono<sup>96</sup>».

Le raccomandazioni adottate dalla SIAARTI purtroppo rappresentano una diminuzione della democrazia che parte della dottrina giustifica dall'esistenza dell'emergenza sanitaria. Quest'ultima imporrebbe come necessario e doveroso fare riferimento al sapere dei tecnici anche nelle scelte di allocazione delle risorse in materia sanitaria in quanto «la tecnica è in sé, per sua natura, conservatrice e compie scelte ritenute oggettive e quindi non oggetto di conflitto politico<sup>97</sup>». In questo lasso

<sup>94</sup> Si è in presenza di un «regime tecnocratico» nel momento in cui «il tecnocrate a fissare, su esclusive basi di competenza, non solo i mezzi ma anche i fini dell'azione sociale». La differenza tra tecnico e tecnocratico consiste nel fatto che il tecnico è «un esperto del particolare, il tecnocrate va definito (e si definisce) come un esperto del generale. Se il primo è uno specialista, il secondo è un generalista, caratterizzato com'è da una polivalenza di funzioni e da una conoscenza globale delle variabili dell'azione». D. FISICHELLA, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 44- 54

La prima teorizzazione dello stato tecnocratico si è avuta con Platone il quale aveva elaborato la forma di governo ideale ossia «il governo dei custodi».

<sup>95</sup> M. VOLPI, *Tecnocrazia e crisi della democrazia*, in M. Volpi (a cura di) *Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica*, Giappichelli, Torino, 2017, 2.

<sup>96</sup> N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, 22

<sup>97</sup> G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, Laterza, Roma-Bari, 2015, 11-13

temporale si è realizzato l'effetto descritto dal sociologo Crouch quale conseguenza della postdemocrazia ossia la progressiva erosione del *welfare state*<sup>98</sup>. In effetti abbiamo delle raccomandazioni che dicono chi è degno di ricevere le cure e chi non lo è, distinguono tra vita degna di essere vissuta e vita che semplicemente non lo è sulla scorta dell'affermazione secondo cui si versa in una situazione di «medicina di guerra». Si tratta ovviamente di un'espressione errata dato che non è stato dichiarato lo stato di guerra da parte delle Camere con il successivo conferimento al Governo dei poteri necessari ex art. 78 Cost. Il diffondersi del Covid-19 e la risposta delle istituzioni non può nemmeno essere qualificata come stato di eccezione<sup>99</sup> ma più correttamente come situazione di emergenza<sup>100</sup> sanitaria. Quando ci si appropria alla Carta costituzionale, riprendendo il monito del Prof. Cassese, «non si può giocare con le parole» anche perché «come il ricorso allo stato di eccezione tende a farsi

<sup>98</sup> V. D. RUNCIMAN, *Politica*, (2015), trad. it. Bollati Boringhieri, Torino, 2015, 92-94

<sup>99</sup> Lo stato di eccezione secondo la ricostruzione di Agamben consiste in una sospensione dell'ordine costituzionale o di un segmento significativo dello stesso ad opera dell'autorità statale che normalmente assolverebbe il ruolo di garante della legalità e del rispetto della stessa. In altri termini «lo stato di eccezione è dunque quella figura dell'ordine sospeso e continuamente infranto in cui "l'aspetto normativo è impunemente obliterato e contraddetto da una violenza governamentale" che ignora, all'esterno, il diritto internazionale e produce, all'interno, uno stato di emergenza permanente. E tuttavia, pur generando "uno spazio vuoto di diritto", lo stato di eccezione accampa con arroganza la pretesa di stare ancora applicando il diritto». G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, 111.

Per Schmitt, invece, lo stato di eccezione può essere definito come ordine che si oppone al *caos*. Il *Leitmotiv* della riflessione di Schmitt è quello di «rendere possibile una articolazione fra stato di eccezione e ordine giuridico» il quale arriva a sostenere che «come, nel caso normale, il momento autonomo della decisione può essere ridotto a un minimo, così nel caso di eccezione, la norma viene annullata [vernichtet]. Tuttavia anche il caso di eccezione resta accessibile alla conoscenza giuridica, perché entrambi gli elementi, la norma come la decisione, rimangono nell'ambito del giuridico [...]». R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo "stato di eccezione" secondo Giorgio Agamben*, in *Dirittoequestionipubbliche*. Volendo rinvenire una definizione nella concezione schmittiana lo stato di eccezione può essere definito «come la forma legale di ciò che non può avere forma legale» in quanto i provvedimenti adottati durante la vigenza dello stato di eccezione non possiedono alcun riferimento al diritto stesso. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, cit.*, 11.

È doveroso richiamare l'affermazione della Presidente della Corte costituzionale secondo cui «la nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella 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». M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019 – sintesi* -, 28.4.2020, 18.

<sup>100</sup> Da un punto di vista giuridico l'emergenza può essere definita come «l'insieme delle situazioni a fronte delle quali la normale scansione delle fasi in cui si articola ogni procedimento amministrativo non è né idonea, né sufficiente alla cura dell'interesse pubblico per il quale il relativo potere è stato attribuito a determinate amministrazioni pubbliche da una particolare fonte di produzione normativa». F. TEDESCHINI, voce *Emergenza (dir. amm.)*, in *Diritto on line*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/emergenza\\_diramm\\_%28Diritto-on-line%29/2017](http://www.treccani.it/enciclopedia/emergenza_diramm_%28Diritto-on-line%29/2017).

regola, così deve farsi regola anche la capacità di opporvisi in nome di un ordinamento democratico costituzionale<sup>101</sup>».

#### 4. Conclusioni.

Il principio personalista che anima la Costituzione italiana postula «l'imprescindibilità della persona umana e di ogni persona umana rapportata alle risposte che i pubblici poteri devono fornire alle domande sociali<sup>102</sup>». Si tratta della persona nella sua concretezza e nella diversità delle espressioni e delle esigenze della stessa poiché l'art. 2 Cost. non si riferisce ad un'idea astratta di persona ma esprime un criterio di preferenza per la garanzia dei diritti di ogni soggetto appartenente al genere umano. Il principio personalista permea tutta la Costituzione al punto da penetrare sul piano «della teoria delle fonti e dei rapporti tra ordinamenti, su quello della giustizia costituzionale e della giurisdizione in genere, su quelli della forma di Stato e della forma di governo e, in definitiva, sulla stessa teoria della Costituzione<sup>103</sup>».

L'approccio bioetico coerente con il principio personalista della Costituzione italiana in un momento di emergenza sanitaria dovrebbe essere l'egualitarismo<sup>104</sup>. Questa teoria è costruita intorno al concetto di "velo di ignoranza" ossia di ignoranza di ciascun individuo circa la propria età, la propria condizione personale e sociale ed in base alla quale partire per elaborare riflessioni bioetiche. Sulla scorta di questo ragionamento il criterio ritenuto giusto nella distribuzione delle risorse in un momento di emergenza clinica dovrebbe essere quello del sorteggio. Si tratta di una soluzione criticabile poiché implica un potenziale ed eventuale spreco di risorse che in quanto scarse devono essere allocate in maniera efficace.

L'approccio bioetico che si ritiene maggiormente conforme al principio personalista è quello proposto da Beauchamp e Childress i quali sostengono un «diritto decente di cure» e che l'assistenza sanitaria costituisca una tutela sociale rispetto al verificarsi di minacce esterne che rendono vulnerabile un individuo, come,

<sup>101</sup> M. MARCHISIELLO, *Diritto di resistenza: Come fare la rivoluzione attraverso il diritto*, EGA-Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2013.

<sup>102</sup> A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Consulta Online*, fasc. II/2019, 363.

<sup>103</sup> A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, 167.

<sup>104</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982.

ad esempio, una pandemia<sup>105</sup>. L'approccio descritto è comune non solo alla teoria personalista<sup>106</sup> la quale riconosce un primato alla dignità umana ma anche alla teoria comunitaria<sup>107</sup> che impone un dovere di solidarietà interpretato come obbligo di prendersi cura dei cittadini in particolar modo di quelli più deboli ed infine anche alla teoria della virtù<sup>108</sup> al centro della quale vi è la responsabilità deontologica del medico nei confronti dei soggetti bisognosi<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> T.L. BEAUCHAMP, J.F. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica* (1994), Le Lettere, Firenze, 1999.

<sup>106</sup> E. SGRECCIA, A.G. SPAGNOLO (a cura di), *Etica e distribuzione delle risorse sanitarie*, Vita e Pensiero, Milano, 1996.

L'assunto fondamentale della teoria personalista è quello secondo cui la dignità umana non è uno tra i diversi diritti della persona ma essa rappresenta il fondamento irrinunciabile. In questa visione bioetica la dignità umana diviene diretta espressione del valore di ogni singola persona e deve essere riconosciuta senza discriminazioni. Principi fondamentali della bioetica personalista sono: il principio di difesa della vita fisica, il principio di totalità o principio terapeutico, il principio della libertà e della responsabilità ed infine il principio della socialità e sussidiarietà. E. SGRECCIA, *Bioetica Personalista e Diritti dell'Uomo*, in *Studia Bioethica*, n.3/2012, pp. 47-56. H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, n. 76/1999, 625. V. MELE, *Organismi geneticamente modificati e bioetica*, Cantagalli, Siena 2002.

<sup>107</sup> E.J. EMANUEL, *Justice and Managed Care. Four Principles for the Just Allocation of Health Care Resources*, n.3/2000, 8-16.

La teoria comunitaria non possiede una prospettiva omogenea in quanto la stessa può essere definita come un approccio morale ispirato sia alla filosofia aristotelica ed hegeliana che possiede la convinzione secondo cui l'etica si rinverga nelle pratiche o azioni sociali della comunità. Precisamente l'etica comunitaria ha quale idea di base la condivisione di ideali di buona vita rinvenibili nelle pratiche di una determinata comunità avente una particolare configurazione storica e culturale. Ulteriore concetto di fondo concerne il ruolo della medicina. Quest'ultima deve avere quale fine ultimo il bene della comunità. Da qui il ruolo di una medicina "comunitaria" interpretata come "medicina socialmente benefica". D. CALLAHAN, *The Troubled Dream of Life*, Simon & Schuster, New York, 1993. L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Giappichelli, Torino, 2017, 30-31

<sup>108</sup> E.D. PELLEGRINO, *Rationing Health Care: Inherent Conflicts within the Concept of Justice*, in W.D. BONDESON, J.W. JONES, *The Ethics of Managed Care: Professional Integrity and Patient Rights*, Bondeson, Dordrecht 2002, 1-18.

L'etica delle virtù dedica particolare all'attenzione al soggetto che agisce e alla dimensione relazionale nella quale lo stesso è inserito. Se da una parte questa teoria bioetica riprende le dimensioni delle qualità morali quali elementi decisivi della vita morale della persona dall'altra parte interpreta il soggetto quale membro di una comunità dalla quale l'individuo trae le proprie convinzioni. È evidente quindi che dal punto di vista bioetico l'accento viene posto sulla figura del soggetto inteso quale uomo virtuoso orientato ad ottenere l'eccellenza. In campo medico questo approccio interpreta la salute quale bene relazionale cioè quale valore sia per il medico che per il paziente. P. PREMOLI DE MARCHI, *Introduzione all'etica medica*, Accademia University Press, Torino, 2013.

<sup>109</sup> In dottrina è stato sostenuto che «la teorizzazione della uguaglianza e parità di accesso è anche sostenuta da altre teorie, con argomenti diversi. T.L. Beauchamp, J.F. Childress, sulla base della teorizzazione del "principlism", ritengono che esiste un diritto ad un "minimo decente di cure" e che l'assistenza sanitaria rappresenta un aspetto della tutela sociale contro minacce esterne dalle quali l'individuo non può proteggersi da solo, come nel caso della pandemia. Questa posizione è anche condivisa dalla teoriapersonalista che riconosce il primato ontologico della dignità della persona umana, dalla teoria comunitaria che giustifica il dovere di solidarietà, come obbligo di prendersi cura dei cittadini e soprattutto di quelli più deboli e dalla teoria della virtù, che pone al centro la responsabilità deontologica del medico nei confronti di chi è più bisognoso». L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?* cit., 7.

Nell'attuale emergenza sanitaria non è etico né legittimo costituzionalmente discriminare i soggetti maggiormente vulnerabili ossia persone anziane, disabili, povere in base ad una prospettiva strettamente utilitaristica. Ovviamente questo non significa attuare pratiche di accanimento clinico quando le stesse risultino essere sproporzionate, inefficaci e gravose e nemmeno non rispettare la volontà espressa da un soggetto<sup>110</sup>. L'obiettivo del diritto, sia che si tratti *hard law* che di *soft law* è «quello di porsi come argine al potere (anche nell'asimmetria della relazione medico-paziente, che nel documento SIAARTI torna a configurarsi in senso "forte"), strumento di affermazione del pari valore di ogni individuo e di promozione della intrinseca dignità di ciascuno, attraverso una tutela dei diritti fondamentali che non ammette eccezione alcuna, nemmeno quella costituita dall'età<sup>111</sup>».

In merito si segnala anche il Parere del Comitato Nazionale della Bioetica<sup>112</sup> il quale con formule molto generali ha svolto una trattazione meramente ricognitiva senza fornire risposta ai quesiti etici che questa emergenza impone di affrontare. L'unica presa di posizione concerne il criterio di allocazione delle risorse, infatti nel documento elaborato si legge che «il CNB riconosce il criterio clinico come il più adeguato punto di riferimento, ritenendo ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, eticamente inaccettabile<sup>113</sup>».

Oltre alle problematiche esposte in precedenza vi è almeno un'altra che merita di essere menzionata e concerne precisamente il ruolo che le raccomandazioni SIAARTI hanno attribuito ai medici ossia la possibilità per gli stessi di sostituirsi alle Parche<sup>114</sup>. Si tratta di un ruolo estremamente problematico e per illustrarlo si richiama

<sup>110</sup> L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare? cit.*, 7-9.

<sup>111</sup> M. G. BERNARDINI, *Dilemmi mor(t)ali nelle scelte etiche, ageism e diritti fondamentali ai tempi del covid-19*, in *Diritto virale*, 8-9.

<sup>112</sup> Presidenza del Consiglio dei Ministri, Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8.4.2020.

<sup>113</sup> Allegata al documento vi è la presa di posizione del Prof. Mori il quale ha ritenuto opportuno illustrare il proprio convincimento in uno scritto allegato al parere del CNB. Egli afferma come le indicazioni contenute nel parere del CNB sostanzialmente non forniscono alcun criterio per gestire il *triage* in situazione di emergenza sanitaria poiché non prescrivono alcuna indicazione specifica. Per questo motivo il Prof. Mori ritiene che le raccomandazioni SIAARTI «con realismo, tempestività e trasparenza, sono riuscite a offrire indicazioni abbastanza precise per affrontare i tragici problemi di scelta in situazioni eccezionali: forse sono meno rassicuranti, ma è da quelle che dobbiamo partire».

<sup>114</sup> Si tratta delle Moire greche, ossia coloro che "*Ma perché lei che di e notte fila, non gli avea tratta ancora la conocchia, che Cloto impone a ciascuno e compila...*" (Dante Alighieri, *Divina Commedia*, Purgatorio, Canto XXI, 25-27).

l'insegnamento della mitologia greca, ossia il mito di Chirone<sup>115</sup>. Il lascito di questo mito concerne proprio il monito di quanto sia pericoloso per l'uomo la pretesa di assurgere a divinità poiché vi è sempre qualcosa di indisponibile ossia un ambito che è sottratto alla volontà e all'arbitrio sia individuale sia collettivo e questo indisponibile costituisce il limite. Il mito di Chirone tramanda quindi un problema dato che «invita l'uomo a riflettere sul fatto che qualora dovesse far agire la sua volontà in campi riservati agli dei non è detto che riesca ad arginare quella potenza, presente nell'uomo, diretta a piegare e manipolare ad utilità ogni cosa<sup>116</sup>».

---

<sup>115</sup> Il riferimento riguarda la vicenda di Chirone, centauro saggio e precettore di tutti gli eroi. Chirone viene per errore colpito da Eracle, il più affezionato dei suoi discepoli, con una freccia avvelenata. In questo modo Eracle condanna Chirone ad una sofferenza insopportabile ed interminabile poiché è vero che Chirone è immortale ma non è immune alle sofferenze dei mortali. Il Centauro e il discepolo implorano Zeus affinché gli consenta di morire per sottrarsi alla sofferenza. Il padre degli dei acconsente a Chirone di sottrarsi dalle sue insopportabili sofferenze cedendo la sua natura immortale a Prometeo. Il Titano, padre della tecnica, viene punito da Zeus per gli indebiti doni elargiti agli uomini, ossia, il fuoco e l'oblio dell'ora della morte, nascondendo l'estensione del filo delle Parche che li riguardava e che fino a quel momento era loro nota. Si rinviene un collegamento tra i due doni: grazie al secondo gli uomini hanno potuto dimenticare il loro limite umano per eccellenza e proprio per questo hanno creduto di poter utilizzare senza esitazioni il sacro fuoco. F. ZANUSO *Neminem Laedere, Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Cedam, Padova, 2005, 4-5.

<sup>116</sup> F. CAVALLA *Diritto alla vita, diritto sulla vita*, in F. ZANUSO (a cura di) *Il Filo delle Parche*, Franco Angeli, Milano, 2009, 60-61.

# **IL "GERMANICUM" TRA LUCI E OMBRE: BREVI NOTE E OSSERVAZIONI CRITICHE SULLA LEGGE ELETTORALE ALL'ESAME DEL PARLAMENTO\***

**Daniele Porena**

*Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico  
(Università degli Studi di Perugia)*

**ABSTRACT [ITA]:** Il saggio offre una breve ricognizione della proposta di legge in materia elettorale all'esame del Parlamento. Si analizza l'ipotesi di un ritorno al sistema proporzionale e, in chiave critica, il mancato ripristino del sistema delle preferenze. Un breve riflessione conclusiva è destinata all'istituto della sfiducia costruttiva.

**ABSTRACT [ENG]:** *The essay offers a brief overview of the proposed electoral law being examined by Parliament. The hypothesis of a return to the proportional system is analyzed and, in a critical key, the failure to restore the system of preferences. A brief final reflection is addressed to the mechanisms of parliamentary trust to Government.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** Un ritorno al sistema proporzionale. – **3.** Il problema delle preferenze. – **4.** Logica e benefici della sfiducia costruttiva.

---

\* Il presente contributo trae origine dai rilievi svolti in occasione dell'audizione tenuta il 17.6.2020 innanzi alla I Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati sulla proposta di legge A.C. 2329.

## 1. Introduzione.

Un segno di come questa c. d. seconda Repubblica non abbia ancora trovato la sua strada sembra offerto anche dalla ragguardevole rapidità con la quale si sono succedute significative innovazioni alla legislazione elettorale per le elezioni parlamentari.

Dal “Mattarellum”<sup>1</sup> al “Porcellum”<sup>2</sup>, dal “Consultellum”<sup>3</sup> all’“Italicum”<sup>4</sup> e al “Rosatellum”<sup>5</sup> fino - scorrendo la cronaca parlamentare di questi ultimi mesi - alla proposta di legge elettorale prontamente definita “Germanicum”, la legislazione elettorale ha vissuto, nel breve volgere di venticinque anni, rivisitazioni, modifiche e incisioni tipiche di un sistema politico-istituzionale profondamente instabile e incerto<sup>6</sup>.

Da ultimo, come detto, si è affacciata la proposta di legge A. C. 2329 che rappresenta, nel suo complesso, un’ipotesi di modifica assai rilevante della legge elettorale vigente e, per certi aspetti, ancor più radicale ove posta in confronto alla tendenza più o meno spiccatamente maggioritaria che ha caratterizzato le leggi elettorali che si sono succedute nel corso degli ultimi venticinque anni.

<sup>1</sup> Successivamente al referendum del 18 aprile 1993, con leggi 276 e 277 del 4 agosto 1993 entrò in vigore una legislazione elettorale di tipo misto che vedeva assegnati con sistema maggioritario, a turno unico in collegi uninominali, il 75% dei seggi parlamentari. Il restante 25% dei seggi era assegnato, quanto alla Camera dei deputati, con sistema proporzionale tra liste “blocate” e, quanto al Senato, con recupero proporzionale dei candidati più votati non eletti nei collegi uninominali.

<sup>2</sup> La legge n. 270 del 21 dicembre 2005 soppresse il sistema dei collegi introducendo un sistema proporzionale a liste concorrenti “blocate”, con premio di maggioranza e soglie di sbarramento.

<sup>3</sup> Si tratta, come noto, della legislazione elettorale risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014 con la quale la Consulta dichiarò l’incostituzionalità della c.d. legge Calderoli in relazione al premio di maggioranza.

<sup>4</sup> La legge 6 maggio 2015, n. 52 prevedeva – per la sola Camera dei deputati - un sistema proporzionale a doppio turno su collegi plurinominali, soglia di sbarramento e premio di maggioranza. Sulle vicende dell’“Italicum”, cfr. V. LIPPOLIS, *Le disavventure dell’Italicum e la Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017.

<sup>5</sup> Con la legge 3 novembre 2017, n. 165 ricompaiono i collegi uninominali: il 37% dei seggi è assegnato tramite collegi uninominali a turno unico, il 61% è assegnato con sistema proporzionale alle liste o coalizioni di liste che abbiano superato le soglie di sbarramento mentre il restante 2% è assegnato, con sistema proporzionale e voto di preferenza, alle circoscrizioni estero.

<sup>6</sup> Come ha osservato G. TARLI BARBIERI, *Audizione in I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, seduta del 17 giugno 2020, resoconto stenografico*, p. 3, «diversamente da tutte le altre democrazie consolidate, infatti, il nostro Paese ha visto una continua alternanza (si è parlato di un «ipercinetismo») di leggi elettorali, nessuna delle quali ha retto a più di tre prove elettorali, e addirittura una (il cosiddetto «Italicum») non ha mai trovato applicazione».

E infatti, ove la predetta proposta di legge giungesse ad approvazione, il sistema elettorale tornerebbe ad assumere, con applicazioni simili a quelle già note in passato, struttura proporzionale<sup>7</sup>.

Rispetto alle esperienze anteriori al 1994 - al di là delle questioni relative alla geografia dei collegi e delle circoscrizioni o dei criteri tecnici di computo di resti, quozienti o distribuzione dei seggi - il sistema ipotizzato differisce per l'assenza del voto di preferenza e per l'introduzione di una robusta soglia di sbarramento per l'accesso alla rappresentanza<sup>8</sup>.

## 2. Un ritorno al sistema proporzionale.

Invero, la scelta di un ritorno al principio proporzionale sembra poter essere accolta con un certo favore.

Il predetto principio, benché in nessun modo canonizzato dalla Carta, appare infatti quello più coerente con la struttura generale che il Costituente volle imprimere alla nostra forma di governo<sup>9</sup>.

D'altronde, non è un caso che la stessa Assemblea Costituente si pronunciasse, nella seduta del 23 settembre del 1947, a favore dell'ordine del giorno presentato dall'On. Antonio Giolitti e che, vale la pena ricordare, aveva il seguente tenore: «*l'Assemblea Costituente ritiene che l'elezione dei membri della Camera dei deputati debba avvenire secondo il sistema proporzionale*»<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> La proposta di legge Brescia opera nel senso di ripristinare un sistema interamente proporzionale: sono infatti abrogate le previsioni vigenti secondo cui 3/8 dei seggi complessivi vengono attribuiti in collegi uninominali con sistema maggioritario.

<sup>8</sup> Alla ripartizione dei seggi parteciperebbero solo «le liste che abbiano conseguito sul piano nazionale almeno il 5 per cento dei voti validi espressi, nonché le liste rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute, presentate esclusivamente in una regione ad autonomia speciale il cui statuto o le relative norme di attuazione prevedano una particolare tutela di tali minoranze linguistiche, che abbiano conseguito almeno il 15 per cento dei voti validi espressi nella regione medesima» (così dispone l'art. 1, lett. z) della p.d.l. 2329).

<sup>9</sup> Peraltro, come osserva P. MEZZANOTTE, *Base regionale e rappresentanza territoriale*, in *Rivista Aic*, n. 1/2019, Il sistema proporzionale, «architrave della costituzione materiale della c.d. prima repubblica, ha contribuito a consolidare gli aspetti di omogeneità strutturale tra i due organi del legislativo in virtù dei suoi effetti tipicamente proiettivi, che consentivano di contenere entro margini per lo più accettabili il diverso atteggiarsi del carattere rappresentativo del Senato derivante da una disciplina costituzionale comunque differente quanto ai titolari dell'elettorato attivo e, naturalmente, delle circoscrizioni elettorali».

<sup>10</sup> Per la discussione in Assemblea Costituente, si veda *Resoconto stenografico Assemblea Costituente, 23 settembre 1947*, pp. 436 e ss., reperibile in [http://legislature.camera.it/\\_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed229/sed229nc.pdf](http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed229/sed229nc.pdf).

Il favore per il predetto principio fu intenzionalmente espresso sotto forma di ordine del giorno per non introdurre eccessive (ed assai imprudenti) rigidità nel testo costituzionale<sup>11</sup> ma disvela, con sufficiente chiarezza, l'interpretazione complessiva che il Costituente volle dare, all'epoca, alla complessiva struttura della nostra forma di governo<sup>12</sup>.

Il sistema proporzionale tende in effetti a valorizzare la rappresentatività<sup>13</sup> e la centralità del Parlamento nei rapporti istituzionali tra questo e il Governo. Sul punto, un cenno all'esperienza degli ultimi venticinque anni sarà di aiuto a comprendere il senso della riflessione<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> E' assai condivisibile l'opinione secondo cui la legge elettorale, per sua peculiare natura, costituisce una normativa cui è ragionevole ricondurre aspettative di maggiore durevolezza legate alla stabilità del quadro politico-istituzionale. D'altronde, la particolare posizione in cui si colloca la legge elettorale è confermata dalla stessa Costituzione che, all'art. 72, limita al solo procedimento legislativo ordinario il compito di deliberare la legge elettorale. Cionondimeno, l'inclusione in Costituzione della materia elettorale avrebbe trincerato la stessa all'interno delle rigidità imposte dal procedimento aggravato di revisione della costituzione trasmigrando la materia dalla posizione di anello di congiunzione tra Costituzione e sistema politico-istituzionale a scelta fondamentale e sistemica.

<sup>12</sup> Come ricorda A. GIGLIOTTI, *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, in *Rivista Aic*, n. 4/2014, nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente «Mortati si dichiarava favorevole a costituzionalizzare il principio della rappresentanza proporzionale per tre ragioni fondamentali: in primo luogo, perché il sistema proporzionale era diverso dagli altri, in quanto rappresentava un modo di organizzazione dello Stato; in secondo luogo, poiché era l'unico sistema in grado di arginare lo strapotere della maggioranza; infine, perché era l'unico metodo idoneo a conciliarsi con un Parlamento bicamerale nel quale entrambe le Camere fossero elette a suffragio diretto». L'implicita costituzionalizzazione del principio proporzionale deriverebbe invece, secondo la tesi di C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1952, 870, da una lettura combinata degli artt. 48 e 3, secondo comma, della Costituzione.

<sup>13</sup> Cfr. O. CHESSA, *Voto popolare e sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, pp. 18 e ss.

<sup>14</sup> Sul punto, si ricordi sin d'ora quanto osservato anche da Mauro Volpi, secondo il quale la scelta in favore di un sistema proporzionale deriva anche «da un bilancio dell'applicazione dei sistemi che abbiamo avuto e che io definisco «simil-maggioritari», perché non erano integralmente maggioritari, ma lo erano solo parzialmente (sistemi misti), o prevedevano un correttivo ipermaggioritario come il premio di maggioranza. Questi sistemi non hanno affatto prodotto gli effetti che venivano auspicati da chi li ha sostenuti. In primo luogo, non c'è stata una significativa riduzione del numero dei partiti, anzi, i piccoli partiti hanno potuto usufruire dei candidati di coalizione nei collegi uninominali, per i sistemi misti, o dell'appartenenza a una coalizione, come dimostra l'applicazione della legge n. 270 del 2005, la quale faceva salvo anche il più piccolo partito di una coalizione che fosse il primo tra quelli che avevano ottenuto meno del 3 per cento, con il risultato che persino una lista che ottenne lo 0,6 per cento ebbe degli eletti e ottennero eletti liste che con il vecchio sistema proporzionale, vigente prima del 1993, non sarebbero entrate in Parlamento. Quanto alla stabilità di governo, ricordo che in poco più di venticinque anni abbiamo avuto sedici Governi. Per varie ragioni, non ci sono stati Governi stabili di legislatura, anche perché i Governi sono stati il prodotto di coalizioni pre-elettorali di comodo ed eterogenee, quindi non adatte a governare, che poi si dividevano rapidamente nel corso della legislatura. Infine, è stata molto lontana dal vero la retorica del Governo scelto direttamente dagli elettori, o addirittura del Presidente del Consiglio eletto dal popolo. Così non è stato, perché nel corso delle legislature si sono verificati più volte cambi di Governo e cambi del Presidente del Consiglio, è così non poteva essere, perché la nostra è una forma di governo parlamentare e, come ci ha più volte ricordato Giovanni Sartori, la scelta diretta del Governo da parte del corpo elettorale è estranea alla forma di governo parlamentare, nella quale il Governo deriva dal Parlamento, e non direttamente dal corpo elettorale. Il bilancio, dunque, non è soddisfacente, non è stato positivo». Così M. VOLPI, *Audizione*

L'adozione di leggi elettorali prevalentemente maggioritarie (con sistema a collegi uninominali oppure a liste concorrenti con premio di maggioranza) ha favorito la percezione comune, presso l'elettorato, che la scelta di volta in volta effettuata non fosse indirizzata alla composizione del Parlamento nazionale quanto, piuttosto, alla designazione del Governo.

Percezione, quest'ultima, acuita dalla ricorrente previsione normativa circa il collegamento tra le liste elettorali (e, dunque, con la preventiva costruzione di coalizioni tra partiti)<sup>15</sup> e, persino, circa l'indicazione del nominativo del *leader* della coalizione (sovente, nella legislazione recente, indicato come 'capo' del partito o della coalizione di partiti: espressione, per molteplici ragioni, senz'altro non felice)<sup>16</sup>.

In estrema sintesi, l'elettore comune, trovando nella scheda elettorale indicazione delle coalizioni e dei rispettivi *leader*, ha finito - comprensibilmente - per orientare la propria scelta in favore di colui dal quale avrebbe voluto essere *governato* piuttosto che in favore di coloro dai quali avrebbe voluto essere *rappresentato*.

La ricaduta istituzionale della constatazione che precede sembra essersi in effetti riverberata, grandemente, nei rapporti tra Governo e Parlamento.

Se già in "epoca proporzionale" si era fatta strada, in letteratura, la descrizione di un Governo quale "comitato direttivo" del Parlamento<sup>17</sup>, la predetta descrizione ha incontrato ancora maggiori conferme in questi ultimi anni: basti solo pensare ai

---

in I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, seduta del 10 giugno 2020, resoconto stenografico, p. 9.

<sup>15</sup> Sul punto, cfr. V. LIPPOLIS, *Referendum, bipolarismo costrittivo e sistema elettorale tedesco*, reperibile in [www.astrid-online.it/static/upload/protected/LIPP/LIPPOLIS--nota-seminario-18\\_04\\_07.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/LIPP/LIPPOLIS--nota-seminario-18_04_07.pdf), secondo cui «sistemi elettorali con coalizioni preventive collegate a premi di maggioranza, espressamente previsti o derivanti dal funzionamento del sistema, rischiano di avere un effetto perverso a causa del nostro bicameralismo paritario nel caso di risultati elettorali divergenti nelle due camere. Tali sistemi sono collidenti (o non pienamente rispondenti) non con disposizioni esplicite della Costituzione, ma con la logica complessiva del suo modello».

<sup>16</sup> Come ricorda Mauro Volpi, «l'indicazione del capo della forza politica fu introdotta nel 2005, con una terminologia già di per sé infelice», M. VOLPI, *Audizione in I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, seduta del 10 giugno 2020, resoconto stenografico*, p. 9. Secondo Gaetano Azzariti «ancora più opportuna è l'eliminazione dell'indicazione del capo, che riporta il linguaggio giuridico-costituzionale del Parlamento a una maggiore sobrietà democratica. I capi non sono espressione appropriata nel governo dei molti, cioè nei governi democratici. Tra l'altro è un'indicazione anche fuorviante in sé. Anche qui non vorrei essere sgarbato con nessuna forza politica o *leader* di queste, ma la storia lo è stata. In passato, infatti, ci sono state forze politiche senza capi che si sono inventate un capo senza scettro per presentarsi alle elezioni, oppure capi che sono caduti più o meno rapidamente nella polvere, magari dopo aver perso le elezioni (e dunque, in fondo, per un fisiologico ricambio)», G. AZZARITI, *Audizione in I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, seduta del 3 giugno 2020, resoconto stenografico*, p. 9.

<sup>17</sup> Cfr. L. ELIA, *Il Governo come comitato direttivo del Parlamento*, in *Civitas*, 2, 1951, pp. 59 e ss. Secondo L. PRETI, *Il Governo nella Costituzione italiana*, Milano, 1954, p. 179, il Governo finirebbe per costituire una sorta di «giunta direttiva del partito di maggioranza, quando esso è monopartitico» mentre costituirebbe «il comitato esecutivo dei partiti alleati nel caso di coalizione interpartitica».

condizionamenti che l'impulso governativo esercita sull'agenda dei lavori parlamentari o alle assai scarse possibilità di successo che solitamente accompagnano le iniziative legislative di origine parlamentare.

L'adozione di sistemi maggioritari, associati alla soppressione del sistema delle preferenze e alla indicazione del capo della coalizione (o del partito) ha finito non solo per porre "sotto stress" la generale impostazione costituzionale che non prevede l'elezione diretta del Presidente del Consiglio ma ha finito, persino, per compromettere il naturale ordine della relazione fiduciaria tra Parlamento e Governo.

Si è arrivati al paradosso secondo cui non è stato più chi ambiva a ricoprire la carica governativa a dover conquistare la fiducia parlamentare ma, al contrario, chi ambiva a ricoprire la carica parlamentare a dover godere, preventivamente - *per il solo fatto di accedere alla lista elettorale* - della fiducia del rispettivo *leader* politico (al contempo candidato alla carica governativa).

Un'ulteriore manifestazione, dunque, di ciò che può essere identificato come un generale fenomeno di "verticalizzazione" del sistema politico-istituzionale<sup>18</sup>.

È quanto mai chiaro come la dinamica delle relazioni tra Governo e Parlamento ne sia uscita addirittura capovolta rispetto alla filosofia costituzionale e, ancora, come il Parlamento – che almeno nelle intenzioni dei costituenti avrebbe dovuto essere motore propulsivo di ogni dinamica istituzionale – abbia finito per essere derubricato ad una sorta di "collegio di ratifica" delle decisioni del Governo che, sempre più, ha assunto – per l'appunto – il ruolo di un "comitato direttivo".

Il sistema che si è venuto a configurare può apparire convincente a molti ma rimane il fatto che, a parere di chi scrive, non è quello che ispira la struttura costituzionale e la sua vocazione eminentemente parlamentarista.

Il sistema proporzionale sembra infatti avere il pregio di "decomprimere" l'istituto della fiducia parlamentare emancipandolo dagli spazi angusti entro i quali, negli ultimi anni, è stato collocato a causa delle pesanti ipoteche introdotte dal voto maggioritario e dal meccanismo di designazione, sostanzialmente diretta, dei candidati alla Presidenza del Consiglio (surrettiziamente mascherata dietro all'indicazione del *leader* del partito o della coalizione).

---

<sup>18</sup> Sul punto, sia consentito un rinvio a D. PORENA, *La proposta di legge costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari (A.C. 1585): un delicato "snodo" critico per il sistema rappresentativo della democrazia parlamentare*, in *Federalismi.it*, n. 14/2019, pp. 10 e ss.

Ancora, il sistema proporzionale – slegato da vincoli di coalizione – appare idoneo a valorizzare il ripristino di quei sistemi di “filtraggio” che, in altre epoche, hanno favorito una più attenta selezione delle compagini governative. Il voto popolare finisce infatti per essere filtrato attraverso il pieno e più libero esercizio delle prerogative parlamentari legate all’istituto della fiducia. Diversamente, il voto popolare che, in una logica maggioritaria, è sostanzialmente rivolto alla figura del *leader* che si intende favorire per la guida del Governo, appare più esposto a meccaniche di tipo emozionale o alle mere capacità empatiche che il *leader* politico dimostra nei confronti dell’opinione pubblica. Elementi che, isolatamente considerati, non sono certo sufficienti a garantire, alla selezione democratica, gli esiti migliori.

Conclusivamente sul punto, appare dunque convincente l’impostazione generale della proposta di legge in quanto più coerente con quella struttura parlamentarista che, valorizzando e rafforzando l’istituto della fiducia, il Costituente volle imprimere alla nostra Carta.

Senz’altro persuasiva è poi anche l’ipotesi di temperare il rigore proporzionalista mediante l’introduzione di una robusta soglia di sbarramento<sup>19</sup>: ciò, a presidio di essenziali condizioni di stabilità istituzionale. Come contraltare, appare altresì condivisibile l’idea di garantire il c.d. diritto di tribuna: elemento questo, non rinunciabile nell’ottica di acquisire al dibattito parlamentare espressioni di possibile dissenso che, viceversa, finirebbero per rifluire nei soli (e talvolta pericolosi) canali dell’extra-parlamentarismo<sup>20</sup>.

Il solo limite che, sul punto, sembra trapelare dalla proposta di legge è che, nella configurazione ipotizzata, il predetto diritto di tribuna finirebbe per valorizzare solo esperienze politico-partitiche a spiccata caratterizzazione regionale o, comunque, territoriale<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Si può discutere intorno alla entità della detta soglia. Fissata nella misura del 5% dei voti validi essa finirebbe per lasciare privi della rappresentanza partiti politici che, a fronte di un corpo elettorale di circa quarantasei milioni di elettori, abbiano raggiunto (senza considerare le sacche di astensionismo) fino a due milioni e trecentomila voti.

<sup>20</sup> E comunque, in generale, si ricordi l’insegnamento di T. MARTINES, *Art. 56-58*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Le Camere, Art. 55-63*, t. I, Bologna-Roma, p. 96, secondo cui «se si vuole trarre dalla Costituzione un principio generale da applicare ai sistemi elettorali, questo è da individuare nel principio della tutela delle minoranze, nella specie delle minoranze politiche».

<sup>21</sup> Come osservato da G. TARLI BARBIERI, *Audizione in I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, seduta del 17 giugno 2020, resoconto stenografico*, p. 5, per quanto concerne il Senato della Repubblica soltanto la Lombardia potrebbe assicurare il c.d. diritto di tribuna. «Infatti, con 200 senatori, se entra in vigore la revisione costituzionale, e con 11 regioni che ne eleggono meno di 10, è abbastanza difficile, se non

### 3. Il problema delle preferenze.

Un attento approfondimento supplementare merita invece di essere rivolto a due ampie questioni ulteriori.

La prima è quella rappresentata dal voto di preferenza di cui, anche nella proposta di legge in esame, non vi è traccia<sup>22</sup>.

Solitamente, le diffidenze per il voto di preferenza sono alimentate dall'idea che con esso si trascino e perpetuino fenomeni e abitudini di tipo "clientelare" oltreché tendenze alla proliferazione incontrollabile delle spese elettorali.

Cionondimeno, sembra che le patologie del voto di preferenza non abbiano rappresentato ragioni sufficienti per la sua radicale espulsione dai sistemi elettorali.

Come noto, nella pratica medico-chirurgica prima di procedere all'espianto di un organo se ne tenta la cura e la riabilitazione. Sembra che una constatazione analoga possa essere estesa al mondo del diritto.

E allora, l'adozione di adeguati sistemi di *accountability* su candidati e campagne elettorali, unitamente a più rigorose ed efficaci misure volte a favorire il rispetto di inderogabili limiti di spesa elettorale, sembrerebbero, già da sole, poter concorrere efficacemente a tenere sotto controllo possibili fenomeni distorsivi<sup>23</sup>.

impossibile, sia pure con la formula Imperiali, che con meno del 5 per cento si possa riuscire a ottenere un quoziente intero».

<sup>22</sup> In chiave problematica affronta il tema anche G. TARLI BARBIERI, *Audizione in I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, seduta del 17 giugno 2020, resoconto stenografico*, p. 6, secondo il quale «il problema delle liste bloccate rimane anche nella proposta di legge in esame, e per di più aggravato dal fatto che le liste sarebbero più ampie, almeno potenzialmente, potendo comprendere fino a otto candidati. Su questo, però, non me la sento di evidenziare sicuri dubbi di legittimità costituzionale alla stregua della sentenza n. 1 del 2014. Tuttavia, bisogna aver chiaro che il problema potenzialmente si può porre, in particolare dal punto di vista della conoscibilità da parte dell'elettore. Inoltre, con otto nomi sarebbe impossibile o molto difficile riprodurre i candidati sulla scheda elettorale; infatti, gli articoli 4, secondo comma, e 31, secondo comma, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957, come modificati dalla proposta di legge in esame, non riproducono più la presenza dei candidati nella scheda elettorale. Le liste bloccate, poi, pongono il problema, noto, dell'individuazione di queste candidature, e quindi dell'assenza nel nostro ordinamento di una legge sulla selezione dei candidati all'interno dei partiti. Questo non vuol dire resuscitare necessariamente il voto di preferenza, ma significa evidenziare che il voto di preferenza è auspicato da molti perché l'alternativa invece lascia soltanto alle segreterie dei partiti (almeno in molti di essi) l'indicazione dei candidati».

<sup>23</sup> Ciò, a tacere della necessità di provvedere ad una legislazione organica in materia di finanziamento pubblico ai partiti, oggi sostanzialmente assente. Su alcuni degli sviluppi della legislazione in materia di finanziamento pubblico ai partiti politici sia consentito un rinvio a D. PORENA, *Nuove norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici: come cambia in Italia il sistema di finanziamento pubblico alla politica alla luce delle disposizioni introdotte dalla legge 6 luglio 2012, n. 96, in Federalismi.it*, n.2/2013.

Appare, per giunta, assai curioso che il voto di preferenza continui ad essere serenamente dispensato agli elettori per le elezioni comunali e regionali - dove la maggiore prossimità al cittadino degli interessi curati dalle rispettive amministrazioni ben potrebbe acuire i rischi cui si è fatto cenno - mentre invece non ve ne sia traccia nei meccanismi di elezione dei parlamentari, i cui rapporti con gli elettori - per opposte ragioni - sono assai più rarefatti.

L'importanza del voto di preferenza, al contrario, si mostra sotto molteplici profili.

In primo luogo, il voto di preferenza concorrerebbe a rivitalizzare il sistema dei partiti: un sistema cui l'art. 49 della Costituzione assegna rilevanza tutt'altro trascurabile. Sotto questo profilo, il voto di preferenza orienterebbe infatti il sistema dei partiti verso la necessità di rinsaldare il rispettivo radicamento nei territori restituendo loro un ruolo di mediazione (in parte smarrito) tra corpo elettorale e organi istituzionali.

Al contrario - laddove i parlamentari sopravvivono nella beata indifferenza rispetto al livello di consenso individuale da ciascuno di loro riscosso presso l'elettorato - i partiti tendono ad assumere le sembianze di entità sempre più liquide, telematiche e meno percepibili: tendenzialmente, poco più che comitati elettorali di volta in volta rielaborati in base alle contingenze elettorali del caso.

Sul punto non possono poi trascurarsi, di certo, i richiami operati dalla Corte costituzionale.

La Corte, con adamantina chiarezza, ha reiteratamente affermato il principio secondo cui ferisce la logica della rappresentanza il fatto che la totalità dei parlamentari eletti siano privi, senza eccezioni, del sostegno personale espresso mediante voto di preferenza<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Il riferimento è alla sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale, dove si legge che «in definitiva, è la circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione. Simili condizioni di voto, che impongono al cittadino, scegliendo una lista, di scegliere in blocco anche tutti i numerosi candidati in essa elencati, che non ha avuto modo di conoscere e valutare e che sono automaticamente destinati, in ragione della posizione in lista, a diventare deputati o senatori, rendono la disciplina in esame non comparabile né con altri sistemi caratterizzati da liste bloccate solo per una parte dei seggi, né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali). Le condizioni stabilite dalle norme censurate sono, viceversa, tali da alterare per l'intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti. Anzi, impedendo che esso si costituisca correttamente e direttamente, coartano la libertà di scelta degli elettori nell'elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, che costituisce una delle principali espressioni della sovranità popolare, e pertanto contraddicono il principio democratico, incidendo sulla stessa libertà del voto di cui all'art. 48 Cost. (sentenza n. 16 del 1978)». Cfr., tra gli altri, R. DICKMANN, *La Corte dichiara*

E' pur vero che la stessa Corte ha precisato che la detta circostanza, lesiva del principio della rappresentanza, non ricorrerebbe laddove la circoscrizione elettorale assuma dimensioni territorialmente ridotte e il numero dei candidati sia talmente esiguo da garantirne la piena conoscibilità: al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali. Rimane tuttavia da chiedersi se un collegio al quale, in ipotesi, siano assegnati otto seggi (come consentito nella proposta di legge in esame) risponda o meno a ciò che la Consulta ha voluto intendere nel ribadire il principio richiamato<sup>25</sup>.

I riferimenti quantitativi, laddove rimasti indeterminati nella loro esattezza, introducono insidie: e il riferimento, operato dalla Corte, a circoscrizioni "territorialmente ridotte" e a un numero di candidati "esiguo" non fa eccezioni<sup>26</sup>.

La prudenza, tuttavia, è quanto mai opportuna: a titolo esemplificativo, basti solo pensare che - in base alle previsioni della legge elettorale censurata dalla Corte con la sentenza n. 1 del 2014 sopra richiamata - nella circoscrizione elettorale dell'Umbria il numero di deputati da eleggere corrispondeva a *nove*<sup>27</sup>. E allora è la complessiva logica del ragionamento che, probabilmente, andrebbe capovolta.

Un ordine del giorno a suo tempo presentato in Assemblea Costituente (si tratta dell'ordine del giorno dell'onorevole Rubilli, discusso, ma infine non

*incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza (Prime osservazioni a Corte costituzionale 13 gennaio 2014, n. 1, in Federalismi.it, n. 2/2014.*

<sup>25</sup> Sul punto, si veda quanto osservato da Gaetano Azzariti, secondo il quale si avrebbe a che fare con «liste bloccate non troppo brevi, con l'eliminazione dell'attuale tetto massimo di quattro candidati, sostituito dal numero massimo dei seggi attribuito al collegio plurinominali, che è pari al non irrilevante numero di otto candidati. A questo proposito credo che possano essere svolte due considerazioni: la prima relativa alla pregressa giurisprudenza costituzionale, la seconda relativa alla congruità al fine politico perseguito indicato nella relazione. Per quanto riguarda la Consulta, ricordo le due sentenze importanti, la n. 1 del 2014 e la n. 35 del 2017. In particolare la prima, la quale lascia alcuni margini di dubbio, ma è chiara nell'affermare – cito testualmente – che le liste bloccate “non consentono all'elettore alcun margine di scelta dei propri rappresentanti, prevedendo un voto per una lista composta interamente dai candidati bloccati”; tale affermazione è rafforzata aggiungendo: in tal modo “alla totalità dei parlamentari, senza alcuna eccezione, manca il sostegno dell'indicazione personale degli elettori, in lesione della logica della rappresentanza prevista dalla Costituzione”», G. AZZARITI, *Audizione in I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, seduta del 3 giugno 2020, resoconto stenografico*, p. 6.

<sup>26</sup> E ancora «le liste possono essere bloccate se “corte” e se assicurino “conoscibilità” dei candidati, ma a che punto scatti invece la lesione alla Costituzione da rimediare nell'unico modo asseritamente possibile, cioè con la preferenza, la Corte non lo chiarisce», così N. ZANON, *Fare la legge elettorale “sous l'oeil des russes”*, in *Rivista Aic*, n. 2/2014, p. 6.

<sup>27</sup> Anche secondo Massimo Villone «se l'esito è quello di avere la totalità dei parlamentari scelti a lista bloccata, bisogna dire che l'incostituzionalità è certa, perché la Corte si è già pronunciata in tal senso con la sentenza n. 1 del 2014», M. Villone, *Audizione in I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, seduta del 27 maggio 2020, resoconto stenografico*, p. 4.

deliberato)<sup>28</sup>richiamava, tra i 'considerato', il concetto secondo cui sarebbe grave tenere lontano dalla vita pubblica cittadini dotati di particolari ed elevate qualità che - pur completamente estranei al movimento dei partiti e ad ogni competizione elettorale - potrebbero apportare beneficio e valido contributo alla vita pubblica e parlamentare.

Prendendo spunto dalla constatazione di allora (ma valida anche ora) – ed in piena coerenza con la più recente giurisprudenza costituzionale – sarebbe allora opportuno considerare il rapporto tra candidati eletti con voto di preferenza e candidati eletti per ordine di lista (ovverosia quelli c. d. bloccati) come un rapporto tra *regola* ed *eccezione*: affidando cioè alle preferenze elettorali le sorti del maggior numero dei seggi parlamentari e ad un sistema di listini bloccati le sorti di un numero di seggi più esiguo<sup>29</sup>.

#### 4. Logica e benefici della sfiducia costruttiva.

Sebbene il tema non coinvolga la sola legislazione ordinaria con cui è disciplinata la normativa elettorale, ulteriore riflessione merita di essere rivolta all'ipotesi di una revisione dell'istituto della fiducia parlamentare.

<sup>28</sup> L'ordine del giorno Rubilli, come risulta dall'Archivio Storico della Camera dei Deputati (unità archivistica ITCD.00200.00040.00006.00006.00025), aveva il seguente tenore: «L'Assemblea Costituente, considerato che sarebbe grave errore tener lontani dalla vita pubblica uomini veramente elevati per grado, per dottrina e per superiori qualità di mente, i quali, pur mantenendosi, come non di rado si verifica, completamente estranei al movimento dei partiti e ad ogni competizione elettorale, potrebbero apportare beneficio e valido contributo di studi e di esperienza alla soluzione dei più gravi problemi che interessano la Nazione; considerato inoltre che per la costituzione del Senato quesito fondamentale da proporsi e scopo precipuo da raggiungere è quello di creare un'Assemblea che non rappresenti una riproduzione fedele della Camera dei Deputati, ma sia diversamente organizzata; delibera che il Senato venga costituito per un quarto dei suoi membri con nomina del Presidente della Repubblica, e per tre quarti con elezioni a suffragio uninominale e diretto dagli elettori che hanno superato il venticinquesimo anno di età, col sistema del collegio uninominale, modificandosi in tali sensi l'articolo 55 della Costituzione».

<sup>29</sup> Si ricordino, inoltre, i rilievi operati dal Mauro Volpi, secondo il quale la libertà dell'elettore «verrebbe ad essere sacrificata e si perpetuerebbe una situazione nella quale sono i vertici, o direttamente il *leader*, del partito a scegliersi i candidati (collocando in una posizione più sicura quelli fedeli alla propria linea), oppure i candidati sono il frutto di una scelta da parte di gruppi di militanti, non troppo numerosi, che talvolta è casuale. Ciò costituisce uno dei fattori che in passato hanno accentuato il distacco tra elettori ed eletti ed hanno anche favorito il fenomeno del «transfughismo» dei parlamentari, che non si sentono tenuti ad alcun rapporto di fedeltà nei confronti del partito né nei confronti degli elettori e quindi sono liberi di compiere le proprie scelte e magari di affidarsi a chi promette loro un posto sicuro in una futura lista bloccata per poter essere rieletti», M. VOLPI, *Audizione in I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, seduta del 10 giugno 2020, resoconto stenografico*, p. 11.

In particolare, allevierebbe ogni preoccupazione legata alla stabilità del sistema istituzionale l'idea di associare ad un sistema proporzionale come quello ipotizzato – il cui pregio della rappresentatività sconta il difetto della instabilità di governo – il meccanismo della c.d. *sfiducia costruttiva* che convincenti prove di funzionamento ha mostrato rispetto ad altri sistemi elettorali di impronta schiettamente proporzionalista<sup>30</sup>.

In Germania (e il riferimento non è causale atteso il fatto che la proposta in esame è stata, a torto o a ragione, giornalmisticamente già definita come “germanicum”), il sistema proporzionale non ha prodotto i fenomeni di instabilità che, in particolare, sono stati registrati nella prima parte della nostra esperienza repubblicana.

L'obbligo di indicare nella mozione di sfiducia - oltre alle ragioni per le quali si intende revocare la fiducia al Governo in carica - anche la nuova compagine governativa che si intende sostituire alla prima, riduce grandemente i fenomeni di instabilità istituzionale: il Parlamento rimane pieno e autentico titolare delle proprie determinazioni nell'ambito della principale relazione con il Governo: tuttavia nel diritto, nella politica – come in natura – costruire è sempre più impegnativo che distruggere.

Un dato esemplificativo sarà utile a cogliere la persuasività del ragionamento: in Germania, la mozione di sfiducia è stata posta al voto solo due volte nel corso dell'intera storia costituzionale post-bellica. Solo in una occasione la mozione ha avuto successo: si tratta della vicenda parlamentare che, nel 1982, portò Helmut Kohl al Cancellierato<sup>31</sup>.

Peraltro, il meccanismo della sfiducia costruttiva garantisce piena continuità istituzionale escludendo, alla radice, le incertezze che – nel nostro Paese – sovente si sono manifestate all'indomani di una crisi di Governo.

<sup>30</sup> In tema, si veda M. FRAU, *La sfiducia costruttiva*, Bari, 2017; S. FILIPPONE THAUERO, *Cancellierato. L'esecutivo in Germania tra sfiducia costruttiva, sistema elettorale e partiti*, Milano, 2009; M. OLIVETTI, *Note farisaiche (!) su sfiducia costruttiva e norme “antiribaltone”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. BARBERA, *Chi sono i talebani? ...ovvero della sfiducia costruttiva*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>31</sup> Come osservato in P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G. F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2014, «l'accentuata razionalizzazione della forma di governo parlamentare tedesca ha lo scopo di favorire l'insediamento di un cancelliere sorretto dalla maggioranza assoluta della Dieta federale, la cui revoca è possibile solo alle condizioni di cui all'art. 67, le quali peraltro, e non a caso, si sono verificate solo una volta, nel 1982 (quando Helmut Schmidt, a seguito del venir meno dell'appoggio della FDP, fu sostituito da Helmut Kohl, rimasto poi in carica fino al 1998)».

È un tema complesso, che peraltro richiederebbe delicatissimi interventi relativi alle prerogative del Presidente della Repubblica<sup>32</sup>, ma che – specie se l'intenzione è quella di avvicinare il nostro sistema a quello già felicemente collaudato altrove – meriterebbe senz'altro di essere esplorato.

\*\*\*

*“In cauda venenum”*, un breve rilievo critico conclusivo alla proposta di legge in esame.

Si tratta della rimozione dell'obbligo, per ciascun partito, di depositare il proprio programma in vista della competizione elettorale.

In un ordinamento che - per irrinunciabili quanto evidenti ragioni - richiede che una s.r.l. depositi presso la camera di commercio il proprio statuto, l'atto costitutivo, i patti sociali e molto altro ancora, pare poco comprensibile la previsione secondo cui possa essere esonerato dall'obbligo di depositare un programma elettorale chi si candidi a rappresentare l'intera Nazione.

---

<sup>32</sup> È infatti evidente che si assisterebbe ad un capovolgimento di prospettiva: la fiducia parlamentare, collocata a valle del procedimento di nomina del Governo, finirebbe – nel caso della sfiducia costruttiva - per essere manifestata prima del perfezionamento del predetto procedimento finendo inevitabilmente per comprimere le prerogative presidenziali di nomina del Governo.

# MISURE DI SOSTEGNO A FAVORE DELLE MICRO, PICCOLE E MEDIE IMPRESE NEL CONTESTO DELLA PANDEMIA COVID-19.

*Interventi giuridici europei e nazionali per la ripresa economica\**

**Beatrice Bertarini**

**ABSTRACT** [ITA]: Lo studio esamina le misure di sostegno poste in essere a seguito del protrarsi della pandemia Covid-19 sulle micro, piccole e medie imprese riservando particolare attenzione ai più recenti strumenti giuridici internazionali, europei e nazionali volti a supportare tali tipologie di imprese. A livello nazionale si analizza da ultimo il Dpcm 24 ottobre 2020 ed il conseguente d. l. del 28 ottobre 2020, n. 137, cosiddetto "Decreto Ristori", che interviene definendo specifiche azioni di sostegno alle attività economiche sia attraverso finanziamenti diretti (concessione di finanziamenti a fondo perduto) ma anche attraverso finanziamenti indiretti (diminuzione degli adempimenti contributivi). Le imprese di dimensione minore richiedono, ora più che mai, una particolare attenzione da parte del legislatore nazionale ed europeo che deve, *in primis*, interrogarsi sulla reale efficacia dell'attuale regolamentazione giuridica in favore di tale tipologia di imprese che a causa della pandemia Covid-19 rischiano di diminuire drasticamente la loro presenza sul mercato.

**ABSTRACT** [ENG]: *The study examines the support measures following the coronavirus health pandemic in favor of micro, small and medium-sized enterprises, analysing in particular the national legislation that defines both direct and indirect support actions. MSMEs require, now more than ever, particular attention from the national and European legislator who must, first of all, wonder the real effectiveness of the current legal regulation in favor of this type of enterprises which, due to the Covid-19 pandemic, could drastically decrease their presence on the market.*

**SOMMARIO:** **1.** Osservazioni introduttive relative all'impatto della pandemia Covid-19 sulle micro, piccole e medie imprese (Micro, Small, Medium sized Enterprises - MSMEs) a livello internazionale. – **2.** Gli interventi giuridici dell'Unione europea a sostegno delle imprese di dimensione minore a seguito della pandemia sanitaria. – **3.** Le azioni a supporto della liquidità per le micro, piccole e medie imprese a livello nazionale. – **4.** Nuove sfide per una regolamentazione giuridica dell'attività dell'impresa minore nel contesto dell'emergenza sanitaria Covid-19.

---

\* Jean Monnet Centre of Excellence Co-Founded by The ERASMUS + Programme of The European Union.

## **1. Osservazioni introduttive relative all’impatto della pandemia Covid-19 sulle micro, piccole e medie imprese (Micro, Small, Medium sized Enterprises - MSMEs) a livello internazionale.**

La rilevanza assunta dalla pandemia dovuta al Coronavirus (Covid-19) ed allo stato di emergenza che ne è conseguito, è evidenziata a livello internazionale, europeo e nazionale da molteplici studi giuridici, economici e sociologici che rappresentano, invero, solo un primo tentativo di analizzare l’impatto<sup>1</sup> di un prolungato periodo di *lockdown* economico e sociale<sup>2</sup>.

Le implicazioni connesse alla pandemia sanitaria non sono, infatti, unicamente riconducibili ad una crisi sanitaria, essendo il Covid-19 *“an economic crisis, a humanitarian crisis, a security crisis, and a human rights crisis. This crisis has highlighted severe fragilities and inequalities within and among nations. Coming out of this crisis will require a whole-of-society, whole-of-government and whole-of-the-world approach driven by compassion and solidarity”*<sup>3</sup>: in questo contesto l’aumento delle diseguaglianze che potranno discendere dalla pandemia diviene un punto centrale nella definizione di politiche pubbliche di intervento realmente efficaci, poiché *“this pandemic, like other pandemics before it, lights up anew the fault lines in society. Inequalities that we knew about, like racial and ethnic inequalities, are more starkly visible. Inequalities in work and in living conditions have become salient in new ways, as people are sorted into essential and inessential workers, as jobs, transportation, and activities that once were safe become unsafe, and as access to the internet becomes the difference between learning or not learning or working*

<sup>1</sup> Studi recenti hanno analizzato gli effetti a distanza di dieci anni della crisi economica e finanziaria del 2008, osservando che *“the sequence of aftershocks and policy responses that followed the Lehman bankruptcy has led to a world economy in which the median general government debt-GDP ratio stands at 52 percent, up from 36 percent before the crisis; central bank balance sheets, particularly in advanced economies, are several multiples of the size they were before the crisis; and emerging market and developing economies now account for 60 percent of global GDP in purchasing-power-parity terms (compared with 44 percent in the decade before the crisis), reflecting, in part, a weak recovery in advanced economies”*, così Report del Fondo Monetario Internazionale intitolato *“World Economic Outlook Reports Challenges to Steady Growth”*, ottobre 2018.

<sup>2</sup> Sull’impatto dell’emergenza sanitaria si rinvia *ex multis* e di recente a B. Levy, *Il virus che rende folli*, Milano, 2020.

<sup>3</sup> Cfr. United Nation, *Comprehensive Response to COVID-19. Saving Lives, Protecting Societies, Recovering Better*, settembre 2020, che identifica tre priorità generali: Health Response, Safeguard lives and Livelihoods, Transformative Recovery Process (p. 12 ss).

*safely or not working at all. The pandemic may turn tolerable inequalities into intolerable inequalities*"<sup>4</sup>.

La portata globale della pandemia ha determinato, infatti, la necessità di azioni che siano capaci di mitigare, anche solo in parte, gli effetti che essa ha prodotto e produrrà, identificando numerosi ambiti di intervento che possono influire sul comportamento umano<sup>5</sup> e, al contempo, orientare il ruolo dello Stato verso *“quatre grandes missions. La première est de mettre les intérêts individuels en phase avec l'intérêt général, en sensibilisant et en responsabilisant les différents acteurs aux conséquences de leurs actes pour le reste de la société (leurs « externalités », dont la transmission du virus est un cas particulier). Le deuxième rôle de l'État est de fournir ou assurer la fourniture des biens publics tels que la défense nationale, le droit, et de nombreuses infrastructures, par exemple les capacités d'urgence hospitalière. Un troisième rôle est d'assurer les personnes contre les aléas de la vie qu'elles ne contrôlent pas. Enfin, l'État doit agir en prêteur en dernier ressort pour stabiliser l'économie en cas de récession ou de crise*"<sup>6</sup>.

Recenti analisi economiche sottolineano, invero, solo i primi concreti effetti prodotti sul mercato<sup>7</sup> dalla pandemia sanitaria, mentre gli impatti futuri sono, ad oggi, ancora difficilmente valutabili.

L'effetto sull'economia del *lockdown* connesso alla pandemia a livello internazionale è stimato in una diminuzione posizionabile tra il 13% e il 32% per il commercio mondiale, poichè *“the COVID 19 pandemic disrupts normal economic activity and life around the world”*<sup>8</sup>, anche se, in considerazione del rapido ed imprevedibile cambiamento della situazione, *“it is extremely difficult to quantify the exact magnitude of the impact of these measures on GDP growth, but is clear that they imply sharp*

<sup>4</sup> Cfr. A. Deaton, *Health and wealth inequality in America: how COVID-19 makes clear the need for change*, Congressional Testimony to the House Budget Committee, giugno 2020.

<sup>5</sup> Il comportamento umano è oggetto di importanti studi anche a livello economico; si vedano, per tutti, R. H. Thaler, *Misbehaving: la nascita dell'economia comportamentale*, Torino, 2018, e D. Kahneman, *Economia della felicità*, Milano, 2007.

<sup>6</sup> J. Tirole, *Crise du COVID-19*, in *La Presse Médicale Formation*, settembre 2020, p. 237.

<sup>7</sup> In tema si vedano le osservazioni di C. Gollier e S. Straub, *The economics of coronavirus: some insights*, in *Toulouse School of Economics*, 22 marzo 2020. Particolarmente rilevante anche l'impatto prodotto dalla pandemia sull'ambiente, per cui si rinvia all'analisi di D. Helm, *The environmental impacts of the coronavirus*, in *Environmental and Resource Economics*, 2020, n. 1.

<sup>8</sup> WTO, *Trade set to plunge as COVID-19 pandemic upends global economy*, 8 aprile 2020. Con riferimento alle misure adottate dall'Unione europea si rinvia a I. Carreno, T. Dolle, L. Median, M. Brandenburgen, *The implications of the COVID-19 pandemic on trade*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, n. 2.

*contractions in the level of output, household spending, corporate investment and international trade*<sup>9</sup>.

Tuttavia è da evidenziare che *“the implications for annual GDP growth will depend on many factors, including the magnitude and duration of national shutdowns, the extent of reduced demand for goods and services in other parts of the economy, and the speed at which significant fiscal and monetary policy support takes effect”*<sup>10</sup>; ed a livello europeo la Banca Centrale stima che *“even if temporary, there will be a significant contraction in euro area economic activity this year. Large parts of the global and euro area economies came to a near standstill in early 2020. Economic indicators suggest an abrupt contraction in economic growth in the first half of 2020 with full-year figures likely to be weaker than in the year following the 2008 global financial crisis, according to private sector estimates”*<sup>11</sup>.

In una prospettiva globale, la World Bank ha sottolineato che *“the COVID-19 pandemic has, with alarming speed, delivered a global economic shock of enormous magnitude, leading to steep recessions in many countries. The baseline forecast envisions a 5.2 percent contraction in global GDP in 2020 - the deepest global recession in eight decades, despite unprecedented policy support”*<sup>12</sup>; mentre l'OECD evidenzia che *“the implications*

<sup>9</sup> OECD, *Evaluating the initial impact of COVID-19 containment measures on economic activity*, 10 giugno 2020, p. 1, che prosegue osservando che *“the initial direct impact of the shutdowns could be a decline in the level of output of between one-fifth to one-quarter in many economies, with consumers' expenditure potentially dropping by around one-third. Changes of this magnitude would far outweigh anything experienced during the global financial crisis in 2008-09. This broad estimate only covers the initial direct impact in the sectors involved and does not take into account any additional indirect impacts that may arise”*.

<sup>10</sup> OECD, *Evaluating the initial impact of COVID-19 containment measures on economic activity*, 10 giugno 2020, p. 2, ove si sottolinea che *“the scale of the estimated decline in the level of output is such that it is equivalent to a decline in annual GDP growth of up to 2 percentage points for each month that strict containment measures continue. If the shutdown continued for three months, with no offsetting factors, annual GDP growth could be between 4-6 percentage points lower than it otherwise might have been. These estimates are one approach to quantifying the initial impact of containment measures on activity, and do not utilise the full range of data that inform the projections of economic growth in the OECD Economic Outlook”*.

<sup>11</sup> Banca Centrale Europea, *Financial Stability Review*, maggio 2020, che prosegue evidenziando che *“since the extent to which containment measures continue to be required and measures are eased remains unknown, uncertainty surrounding the overall economic impact is likely to persist for some time. The timing and strength of the recovery are uncertain too, with a risk of both “false starts” in exiting from containment measures and persistent economic effects. This new and substantial source of downside risk adds to previously identified geopolitical risks such as rising protectionism and vulnerabilities in emerging markets, notably commodity exporters exposed to lower oil prices”*.

<sup>12</sup> World Bank, *Global Economic prospects*, giugno 2020, p. 3. Con particolare riferimento alle economie avanzate si sottolinea che *“assuming that the pandemic does not lead to lasting damage to financial systems, growth is expected to rebound in 2021, aided by unprecedented support from fiscal, monetary, and financial sector policies. In China, output appears to be recovering from the large drop at the start of the year, but the strength of the expected rebound is uncertain. Advanced economies have faced a very substantial slump in activity as they grapple with the far-reaching consequences of the pandemic. As a result, advanced-economy output is now projected to slow dramatically, from an expansion of 1.6 percent in 2019 to a contraction of 7 percent in 2020 - 8.4 percentage points below January forecasts”*.

*for annual GDP growth will depend on many factors, including the magnitude and duration of national shutdowns, the extent of reduced demand for goods and services in other parts of the economy, and the speed at which significant fiscal and monetary policy support takes effect. Nonetheless, it is clear that the impact of the shutdowns will weaken short-term growth prospects substantially. The scale of the estimated decline in the level of output is such that it is equivalent to a decline in annual GDP growth of up to 2 percentage points for each month that strict containment measures continue. If the shutdown continued for three months, with no offsetting factors, annual GDP growth could be between 4-6 percentage points lower than it otherwise might have been”<sup>13</sup>.*

Recentemente la Banca Centrale Europea ha stimato per il prossimo triennio che *“real GDP in the euro area is projected to fall by 8.0% in 2020 and to rebound by 5.0% in 2021 and by 3.2% in 2022”*, e ciò all’interno di un quadro previsionale connesso a due scenari diametralmente opposti: un *“mild scenario”*, che considera *“the shock as temporary, with a swift implementation of a medical solution allowing a further loosening of the containment measures. In this scenario, real GDP would decline by 7.2% this year, then rebound strongly in 2021. By the end of the horizon, real GDP would slightly exceed the level expected in the December 2019 Eurosystem staff projections, with inflation reaching 1.8% in 2022”*; ed un *“severe scenario”*, che si riferisce ad una *“strong resurgence of the pandemic implies a return to stringent containment measures. These weigh severely on economic activity and cause substantial and permanent losses to activity. In this scenario, real GDP falls by 10% in 2020. By the end of the horizon, it stands around 9% below its level in the December 2019 Eurosystem staff projections, with inflation at only 0.7% in 2022”<sup>14</sup>.*

A livello globale la World Trade Organization ha evidenziato, ed esempio, un forte impatto della crisi sanitaria sul settore dei servizi, poiché proprio in esso *“providing inputs for other economic activities, including facilitating supply chains and trade in goods, disruptions in services supply are having a broad economic and trade impact. Services now generate more than two-thirds of economic output, attract over two-thirds of foreign direct*

<sup>13</sup> OECD, *Evaluating the initial impact of Covid-19 containment measures on economic activity*, 10 giugno 2020, che prosegue osservando che *“in all economies, the majority of the impact on output comes from the hit to output in retail and wholesale trade, and in professional and real estate services. There are also notable cross-country differences in some sectors, with closures of transport manufacturing being relatively important in Germany, and the decline in tourist and leisure activities being relatively important in Italy. Extending the same approach to other economies suggests that the impact effect of business closures could result in reductions of 15% or more in the level of output throughout the advanced economies and major emerging-market economies after the full implementation of confinement measures. In the median economy, output would decline by one-quarter”*.

<sup>14</sup> Banca Centrale Europea, *Staff macroeconomic projections for the euro area*, settembre 2020.

*investment, provide most jobs globally and account for over 40 per cent of world trade*<sup>15</sup>; il calo dei servizi non solo è rilevante a livello economico globale ma esso assume un maggior significato, anche sociale, poiché *“since services account for most of women’s employment globally and a large share of micro, small and medium-sized enterprise (MSME) activity, the disruption in services supply also impacts social and economic inclusiveness”*<sup>16</sup>.

Il settore dei servizi è infatti essenziale al fine di superare le sfide connesse alla pandemia: ci si riferisce, in particolare, al ruolo svolto, ed alla rilevanza assunta, dai servizi *on line* che, a fronte di vincoli di distanziamento sociale ed alle riduzioni di mobilità imposte, hanno permesso di garantire l’esigibilità di diritti fondamentali quali, ad esempio, il diritto all’istruzione.

Per quanto riguarda gli effetti dispiegati dalla pandemia Covid-19 sulla società, recenti analisi si sono concentrate proprio sull’impatto indotto su particolari fasce della popolazione<sup>17</sup>, ed in particolare sulle famiglie.

In considerazione degli effetti prodotti dalla pandemia sulle imprese, invece, il presente studio si prefigge di analizzare gli strumenti giuridici posti in essere a livello europeo e nazionale per supportare l’attività d’impresa con l’obiettivo, in particolare, di esaminare gli interventi normativi posti in essere a favore delle micro, piccole e medie imprese (Micro, Small, Medium sized Enterprises – MSMEs) che, come noto, costituiscono la “spina dorsale” dell’economia<sup>18</sup>, sia globale<sup>19</sup>, sia europea<sup>20</sup>, sia nazionale<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> WTO, *Trade in services in the context of COVID-19*, 28 maggio 2020, p. 2; vengono in particolare analizzati i settori “Tourism and travel-related service”, “Distribution services”, “Telecommunications, ICT and audiovisual services”, “Air, land and maritime transport services”, “Health Services”, “Financial services” ed “Education services”.

<sup>16</sup> WTO, *Trade in services in the context of COVID-19*, 28 maggio 2020, p. 2.

<sup>17</sup> Cfr. Nazioni Unite, *The Impact of COVID-19 on children*, 15 aprile 2020, che, con riferimento all’impatto della pandemia sui bambini, evidenzia *“three main channels through which children are affected by this crisis: infection with the virus itself; the immediate socioeconomic impacts of measures to stop transmission of the virus and end the pandemic; and the potential longer-term effects of delayed implementation of the Sustainable Development Goals”*.

<sup>18</sup> La dottrina giuridica ha analizzato nel tempo il ruolo crescente assunto dalle micro, piccole e medie imprese, in tema più recentemente si rinvia a: N. Ciocca, *Il finanziamento delle PMI e la disciplina dell’equity based crowdfunding*, in S. Corso (a cura di), *Start-up e PMI innovative: scelte statutarie e finanziamento*, Napoli, 2019; E. M. Bignami, *La “governance” delle PMI*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2018, n. 4; A. Borselli, *La finanza alternativa per le PMI in Italia: una ricerca del Politecnico di Milano*, in *Rivista delle società*, 2019, n. 2 – 3; M. A. Stefanelli, *Administrative Burdens e Small Business. Una pubblica amministrazione per l’impresa di dimensione minore*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 3; F. Vella, *Crescere su mercati e piattaforme: le piccole medie imprese tra regole e politica industriale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, n. 2; F. Gennari, *Lo sviluppo sostenibile delle micro, piccole e medie imprese*, Torino, 2019; M. Corbetta, *Politiche regionali per le piccole e medie imprese durante l’emergenza Covid-19: quali tendenze?*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2020.

La pandemia ha prodotto e produrrà anche in futuro, infatti, un impatto economico assai significativo sulle micro, piccole e medie imprese<sup>22</sup>, come evidenziato dalla World Trade Organization, a causa *“of limited financial resources and borrowing capacity, and because of their disproportionate presence in economic sectors affected by social distancing measures and transport disruptions”*<sup>23</sup>, proprio considerando che *“SMEs face a liability of smallness. This means that the smaller the firm the less resources it typically controls, which makes it more vulnerable to internal and external events, such as a critical employee quitting his/her job, a decline of financing options, a reduction of demand due to a competitor entering the market, or, in the case of this manuscript, a crisis hitting the global economy”*<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Il Report WTO del 2016, intitolato *Levelling the trading field for SMEs*, evidenziava che *“95 per cent of companies across the globe are MSMEs, accounting for 60 per cent of the world’s total employment. MSMEs contribute to around 35 per cent of GDP in developing countries and around 50 per cent in developed countries”*.

<sup>20</sup> I dati dell’*Annual Report on European SMEs*, della Commissione europea, del novembre 2019, analizzano che *“there were slightly more than 25 million SMEs in the EU-28 in 2018, of which 93% were micro SMEs. SMEs accounted for 99.8% of all enterprises in the EU-28 non-financial business sector”* (p. 17).

<sup>21</sup> L’Annuario statistico italiano - 2019 dell’Istat riporta che *“nel 2016, le imprese attive in Italia nell’industria e nei servizi di mercato sono 4,3 milioni di unità e occupano 16,1 milioni di addetti, di cui 11,2 milioni sono dipendenti. La dimensione media, 3,8 addetti per impresa, risulta più elevata nell’industria (5,8 addetti) che nei servizi (3,2 addetti). Le microimprese (quelle con meno di 10 addetti) sono 4,1 milioni e rappresentano il 95,2 per cento delle imprese attive, il 46,1 per cento degli addetti e il 29,3 per cento del valore aggiunto realizzato. In questo segmento dimensionale è rilevante la presenza di lavoro indipendente (60,8 per cento). Le piccole e medie imprese (quelle con 10-249 addetti) sono circa 204 mila, assorbono il 33,2 per cento degli addetti e contribuiscono per il 38,9 per cento alla creazione di valore aggiunto, mentre nelle grandi imprese (quelle con almeno 250 addetti), pari a 3.601 unità, si concentrano il 20,7 per cento degli addetti e il 31,7 per cento del valore aggiunto”* (p. 507).

<sup>22</sup> Analizza F. Eggers, *Masters of disasters? Challenges and opportunities for SMEs in times of crisis*, in *Journal of Business Research*, 12 maggio 2020, p. 199, come alcune peculiarità proprie delle micro, piccole e medie imprese potrebbero invece aiutarle a superare la crisi, poiché *“given their smaller size, they tend to be rather flexible when opportunities or threats arise in their environment. Further, the smaller the organization, the closer the decision-makers are to their customers and other stakeholders. This in turn can provide them with valuable market information that can be helpful when reacting to crises”*.

<sup>23</sup> WTO, *Helping MSMEs navigate the Covid-19 Crisis*, 3 giugno 2020, ove si evidenzia che *“MSMEs are disproportionately affected by the COVID-19 pandemic because of their prevalence in the economic sectors most affected by demand shocks caused by the pandemic. These sectors include accommodation and food services, cultural and creative sectors, and wholesale and retail services (OECD, Coronavirus (COVID-19) and cultural and creative sectors: impact, innovations and planning for post-crisis, 2020). Data for OECD and some non-OECD economies show that MSMEs export more than large firms in these sectors. Partial or full quarantine measures, as well as disruptions to international means of transport, will clearly lead to a dramatic loss of demand and revenue in these areas for both domestic and trade activities”*.

<sup>24</sup> F. Eggers, *Masters of disasters? Challenges and opportunities for SMEs in times of crisis*, in *Journal of Business Research*, 12 maggio 2020, p. 199, che richiama lo studio di J. Freeman, G. R. Carroll, M. T. Hannan M.T., *The Liability of newness: age dependence in organizational death rates*, in *American Sociological Review*, 1983, n. 5.

## 2. Gli interventi giuridici dell'Unione europea a sostegno delle imprese di dimensione minore a seguito della pandemia sanitaria.

A causa dell'insorgere di esigenze economiche e sociali inedite rispetto al passato, connesse allo sviluppo della pandemia Covid-19, il quadro giuridico regolatorio di riferimento a livello europeo è a tutt'oggi in continua evoluzione, e ciò rende ardua la definizione di politiche di intervento realmente strategiche in un momento come quello attuale caratterizzato da forti incertezze e da rischi significativi<sup>25</sup>.

In questo senso, ed in via generale, numerosi sono gli strumenti predisposti dall'Unione europea a favore degli Stati Membri, dei cittadini, dei lavoratori e delle imprese; essi costituiscono un *framework* giuridico articolato su molteplici piani d'intervento, posti in essere da diversi soggetti, e compongono un quadro complessivo di riferimento piuttosto articolato e frammentato.

In un primo tempo, infatti, l'Unione europea ha dettato alcune disposizioni volte a calmierare l'impatto negativo della pandemia sulle micro, piccole e medie imprese.

Le *Conclusioni del Consiglio sul Covid-19* del 20 febbraio 2020 rappresentano, infatti, il primo documento di ordine generale con cui l'Unione europea si interroga sugli effetti della pandemia, anche sulle imprese di dimensione minore: tale documento richiama le Considerazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità che il 30 gennaio 2020 aveva invitato gli Stati a collaborare, dimostrando solidarietà e cooperazione, nonché a *"be prepared for containment, including active surveillance, early detection, isolation and case management, contact tracing and prevention of onward spread of 2019-nCoV infection"*<sup>26</sup>.

Nell'ambito di queste Considerazioni il Consiglio europeo invita gli Stati Membri a collaborare con le Istituzioni europee al fine di attuare misure efficaci di prevenzione e contenimento della pandemia stessa, ricordando che Unione europea e Stati Membri *"si coordinano e cooperano strettamente nel settore della sicurezza sanitaria"*

<sup>25</sup> Cfr. C. Gollier, *The economics of risk and uncertainty*, Elgar, 2018.

<sup>26</sup> WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 gennaio 2020. In tema si rinvia a P. Acconci, *Prime considerazioni sull'effettività delle risposte normative dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) alla diffusione del Covid-19*, in *SIDI blog – Forum Covid-19*, aprile 2020.

*attuando misure di pianificazione e risposta e una pianificazione della preparazione, nonché prevedendo attività riguardanti la pianificazione della continuità operativa*<sup>27</sup>.

Nella stessa direzione si colloca la *Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19* della Commissione europea<sup>28</sup> che, dopo aver ricordato come la pandemia costituisce *“una grave emergenza sanitaria per i cittadini, le imprese e le economie”*<sup>29</sup>, sottolinea la necessità di *“allentare il contagio e aumentare la resilienza dei nostri sistemi sanitari”*<sup>30</sup>, nonché l'esigenza di contenere lo *shock economico*<sup>31</sup>, potendo esso infatti generare effetti dirimpenti in particolare proprio sulle MSMEs, che, quindi, sono chiamate a immaginare ed a realizzare nuove modalità di produzione e di scambio di

<sup>27</sup> Punto 5 delle *Conclusioni del Consiglio sulla Covid-19* del 20 febbraio 2020. Più nel dettaglio il Consiglio europeo individua 6 linee d'azione che gli Stati Membri e la Commissione dovrebbero perseguire, e cioè: a) adottare le misure necessarie e appropriate per garantire la tutela della salute pubblica, tenendo conto che occorre prestare particolare attenzione ai viaggi internazionali di tutti i tipi; b) sviluppare un coordinamento stretto e rafforzato tra gli Stati Membri per garantire l'efficacia di tutte le misure, anche, se del caso, delle misure in materia di viaggi, salvaguardando al contempo la libera circolazione all'interno dell'UE, nonché per garantire una tutela ottimale della salute pubblica e sensibilizzare maggiormente il grande pubblico in merito alla Covid-19; c) nel settore del monitoraggio e della sorveglianza, provvedere a un costante scambio di informazioni sull'evoluzione del virus 2019-nCoV nei rispettivi territori avvalendosi delle strutture esistenti a livello europeo e internazionale, conformemente all'RSI e alla decisione n. 1082/2013/UE; d) nel settore della diagnosi e del trattamento, conformemente alla decisione n. 1082/2013/UE e all'articolo 44 dell'RSI, continuare a dimostrare solidarietà e cooperazione, sostenendosi reciprocamente e sostenendo la comunità globale nell'individuazione dell'origine del virus 2019-nCoV e del suo pieno potenziale di trasmissione interumana, nello sviluppo del necessario trattamento, nell'elaborazione di orientamenti per la gestione comune della malattia, nella messa in comune delle capacità diagnostiche laddove necessario e nell'ottimizzazione dell'uso di antivirali; e) nel settore della comunicazione, ricorrendo ove appropriato al CSS e alla sua rete di comunicatori, fornire al grande pubblico informazioni e orientamenti coordinati, accurati, tempestivi e coerenti riguardo alla Covid-19, sulla base di elementi di prova e dati disponibili, combattendo così la cattiva informazione e la disinformazione, che possono avere come effetto anche la discriminazione; f) nel settore della ricerca e dello sviluppo, collaborare strettamente, se del caso anche con l'industria e il mondo accademico, per favorire lo sviluppo di un vaccino pilota contro il virus Covid-19 nonché lo sviluppo della diagnostica e di antivirali.

<sup>28</sup> COM (2020) 112, del 13 marzo 2020.

<sup>29</sup> COM (2020) 112, p. 1. I dati di Eurostat *“Services down between February and March 2020”*, del 25 giugno 2020, riportano che *“in March 2020, the volume of services production in the EU fell by 11.3% compared with February 2020. The strongest declines were recorded for hotels and restaurants which dropped by 48.5% in the EU. Administrative and support services (e.g. employment services, security, cleaning) which are usually bought by businesses dropped by 8.4%. Transportation services (land, water, air) dropped by 7.2%. Professional and scientific services (legal services, accounting, marketing etc.) declined by 4.6%. Information and communication services fell by only 2.3%. Looking at quarterly services production (monthly data generally not available by Member State) for the first quarter of 2020 in comparison with the last quarter of 2019, there was a reduction of 2.8% in the EU”*.

<sup>30</sup> COM (2020) 112, p. 1.

<sup>31</sup> A tal fine la COM (2020) 112 sottolinea che *“si tratta di garantire l'integrità del mercato comune e, più in generale, di preservare le catene del valore della produzione e distribuzione per assicurare i necessari approvvigionamenti ai nostri sistemi sanitari. Si tratta di venire in aiuto delle persone per garantire che la pandemia non incida in modo sproporzionato sui redditi e l'occupazione. Si tratta di sostenere le imprese e in particolare quelle di piccole e medie dimensioni (PMI). Si tratta inoltre di garantire la liquidità del nostro settore finanziario e di contrastare i pericoli di una recessione mediante interventi ad ogni livello. Si tratta, infine, di garantire un quadro che consenta agli Stati Membri di agire in modo deciso e coordinato”* (p. 1).

prodotti e servizi (si pensi, in particolare, all'incremento nell'utilizzo degli strumenti digitali<sup>32</sup>), anche se è evidente che non per tutti i settori e per tutti i servizi è possibile ripensare e proporre nuove modalità di produzione ed erogazione<sup>33</sup>, e che l'erogazione di servizi digitali comporta investimenti ed *expertises* che non tutte le imprese, in particolare quelle di dimensione minore, necessariamente possiedono.

La digitalizzazione infatti sta intensamente e assai rapidamente incidendo in tutti i settori dell'economia e la pandemia Covid-19 ha messo in evidenza il ruolo centrale della digitalizzazione per il mercato tanto da mostrare come solo attraverso l'utilizzo di strumenti digitali sia stato possibile per alcune imprese mantenere la propria operatività, avendo infatti rilevato la pandemia *"how essential digital assets have become to our economies and how networks and connectivity, data, Artificial Intelligence (AI) and supercomputing as well as basic and advanced digital skills sustain our economies and societies"*<sup>34</sup>.

In senso generale, la rilevanza delle MSMEs a livello europeo è riaffermata anche nella Comunicazione della Commissione europea *Una nuova strategia industriale per l'Europa*<sup>35</sup>, che, focalizzandosi sulla necessità di realizzare un'industria competitiva a livello globale, più verde e più digitale, sottolinea l'urgenza di definire un quadro giuridico regolatorio che sia realmente inclusivo delle imprese di dimensione minore e che sia capace di trasmettere alla grande industria le caratteristiche che sono

<sup>32</sup> Cfr. COM (2020) 67, del 19 febbraio 2020, intitolata *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, ove si precisa che *"la Comunicazione digitale, l'interazione con i social media, il commercio elettronico e le imprese digitali stanno trasformando il nostro mondo"* (p. 1), tanto da essere centrale la definizione per le imprese di *"un quadro che consenta loro di avviarsi, espandersi, mettere in comune e utilizzare dati, innovare e competere o collaborare su un piano di parità"* (p. 3). Sottolinea P. Zuddas, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *AIC-Osservatorio costituzionale – Forum Covid-19*, 2020, n. 3, che *"la pandemia in corso, se, per un verso, ha posto in evidenza il ruolo essenziale svolto dalle reti di telecomunicazione per garantire lo svolgimento, anche durante l'emergenza sanitaria, di alcune imprescindibili funzioni pubbliche, per altro verso, e specularmente, ha acuito il digital divide sotto tutti i profili rilevanti, facendo assumere – a fronte di una rafforzata dipendenza tecnologica – un peso specifico maggiore alle criticità preesistenti"* (p. 291). In tema si rinvia anche a L. Giannini, *Coronavirus: ora il digital divide minaccia i diritti fondamentali*, in *Agenda Digitale*, Marzo 2020

<sup>33</sup> Nuovi modelli imprenditoriali, spinti anche dalla diffusione delle tecnologie digitali sono connessi all'economia collaborativa, economia ove cambia il rapporto tra consumatore e prestatore di servizi proprio perché essa è caratterizzata da attività che *"sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni e servizi spesso forniti da privati"*, così COM (2016) 356, intitolata *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*.

<sup>34</sup> Digital Economy and Society Index (DESI), Report 2020, p. 10.

<sup>35</sup> COM (2020) 102, del 10 marzo 2020.

proprie di tale tipologia di imprese più innovative, così da creare un ambiente industriale innovativo in grado di trasferire competenze e conoscenze<sup>36</sup>.

Nel nuovo contesto economico europeo caratterizzato dalle conseguenze della pandemia Covid-19<sup>37</sup>, l'Unione europea definisce specifiche misure di sostegno alle micro, piccole e medie imprese, prevedendo l'accesso ad una maggiore liquidità attraverso una serie di particolari strumenti<sup>38</sup>: tra essi, è opportuno richiamare il Fondo europeo per gli investimenti<sup>39</sup> (FEI), di cui vengono ampliate azioni e programmi, proprio al fine di *“potenziare sia le garanzie sui prestiti nell'ambito di COSME, il programma dell'UE per la competitività delle imprese e le piccole e le medie imprese, che le garanzie InnovFin per le PMI nell'ambito del programma Orizzonte 2020, in modo che le banche offrano accesso a finanziamenti ponte per le microimprese, le PMI e le piccole imprese a media capitalizzazione. Questi strumenti saranno rafforzati nelle prossime settimane con 750 milioni di EUR nell'ambito del Fondo europeo per gli investimenti strategici (FEIS). Inoltre, come ulteriore misura specifica, il FEIS fornirà al FEI altri 250 milioni di EUR per fornire rapidamente un sostegno alle PMI, in uno sforzo concertato con le banche e gli istituti nazionali di promozione dell'UE”*<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> La Comunicazione della Commissione europea COM (2020) 103, 10 marzo 2020, *Una strategia per le PMI per un'Europa sostenibile e digitale*, p. 1, specifica che *“le PMI offrono soluzioni innovative per sfide quali i cambiamenti climatici, l'efficienza in termini di risorse e la coesione sociale e contribuiscono a diffondere tali innovazioni in tutte le regioni d'Europa. Sono pertanto un elemento centrale della duplice transizione dell'UE verso un'economia sostenibile e digitale e risultano essenziali per la competitività e la prosperità, la sovranità economica e tecnologica dell'Europa e la sua resilienza agli shock esterni. In quanto tali, sono una componente fondamentale ai fini della realizzazione della strategia industriale dell'UE”*. La nuova strategia mira, quindi, a *“riconoscere le loro diverse esigenze, aiutandole non soltanto a crescere e espandersi, bensì anche ad essere competitive, resilienti e sostenibili, e definisce a tal fine un approccio ambizioso, globale e trasversale, basato sia su misure orizzontali a sostegno di tutti i tipi di PMI sia su azioni mirate a esigenze specifiche”*.

<sup>37</sup> I dati EUROSTAT del 8 settembre 2020 stimano che *“in the second quarter of 2020, still marked by COVID-19 containment measures in most Member States, seasonally adjusted GDP decreased by 11.8% in the euro area and by 11.4% in the EU compared with the previous quarter, according to an estimate published by Eurostat, the statistical office of the European Union. These were by far the sharpest declines observed since the time series started in 1995. In the first quarter of 2020, GDP had decreased by 3.7% in the euro area and by 3.3% in the EU”*.

<sup>38</sup> COM (2020) 112, p. 7, specifica che *“il settore bancario ha un ruolo chiave nel far fronte agli effetti dell'emergenza COVID19, mantenendo il flusso di credito all'economia. Se il flusso di credito bancario è soggetto a gravi limitazioni, l'attività economica subirà un brusco rallentamento poiché le imprese avranno difficoltà a pagare i propri fornitori e dipendenti. I coefficienti di capitale delle banche sono notevolmente migliorati negli ultimi anni, le banche sono meno indebitate ed è diminuito il loro ricorso a finanziamenti a breve termine, talvolta volatili. Le banche devono disporre di una liquidità adeguata per erogare prestiti ai loro clienti”*.

<sup>39</sup> Il Fondo europeo per gli investimenti strategici è stato istituito con Regolamento (UE) 2015/1017, del 25 giugno 2015.

<sup>40</sup> COM (2020) 112, p. 6.

Ulteriori misure di sostegno alle MSMEs sono state previste attraverso il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR)<sup>41</sup> che può “sostenere il finanziamento del capitale circolante delle PMI ove necessario come misura temporanea, al fine di rispondere in modo efficace a una crisi sanitaria pubblica”<sup>42</sup>; nonché attraverso il Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19<sup>43</sup>, che consente agli Stati Membri di adottare misure di sostegno economico in deroga alla disciplina degli aiuti di Stato, prevedendo anche che tali norme possano agire in modo rapido ed efficace al fine di sostenere cittadini ed imprese, ma anche MSMEs che a causa della pandemia incontrano difficoltà economiche<sup>44</sup>.

Naturalmente la necessità di definire azioni di liquidità che sostengono l’economia europea<sup>45</sup> si connette con specifiche politiche definite dalla Banca Centrale Europea che ha recentemente dato vita al *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP)<sup>46</sup>, Programma europeo temporaneo di acquisto di titoli di debito negoziabili, obbligazioni societarie e altri strumenti di debito negoziabili, obbligazioni garantite nonché titoli garantiti da attività<sup>47</sup>, con una dotazione complessiva di 1.350 miliardi di euro ed una validità fino al giugno del 2021<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> Il Regolamento dell’Unione europea n. 1301, del 17 dicembre 2013, che istituisce il Fondo europeo di sviluppo regionale è stato recentemente modificato con Regolamento dell’Unione europea n. 460 del 30 marzo 2020 e con Regolamento dell’Unione europea n. 558 del 23 aprile 2020. Sulla connessione esistente tra fondi e politiche nazionali a favore delle PMI, si rinvia a M. Corbetta, *Politiche regionali per le piccole e medie imprese durante l’emergenza Covid-19: quali tendenze?*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2020, n. 2.

<sup>42</sup> Art. 3, Regolamento dell’Unione europea n. 1301 del 17 dicembre 2013.

<sup>43</sup> 2020/C 91 I/01, del 19 marzo 2020.

<sup>44</sup> Cfr. prima modifica al *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza della Covid-19* del 3 aprile 2020, nonché seconda modifica del Quadro dell’8 maggio 2020 volta ad agevolare ulteriormente l’accesso al capitale e alla liquidità per le imprese colpite dalla crisi, e, da ultimo, terza modifica del Quadro del 2 luglio 2020 che si focalizza in particolare sulle necessità delle micro imprese e delle piccole imprese.

Amplissima la dottrina in tema di aiuti di Stato, per una analisi giuridica da ultimo si veda G. Luchena - S. Cavaliere, *Le nuove frontiere in materia di aiuti di Stato*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2020 n. 2; mentre per una analisi economica il rinvio è a A. Dragoi, *Supporting the EU economy through State aid during COVID-19 crisis. A comparative approach*, in *Global Economic Observer*, 2020, n. 1.

<sup>45</sup> Cfr. Decisione del Group of Central Bank Governors and Heads of Supervision (GHOS) che nel marzo del 2020 ha differito nel tempo gli obblighi connessi all’attuazione di Basilea III. Lo stesso Basel Committee on Banking Supervision, nel documento *Measures to reflect the impact of Covid-19*, dell’aprile 2020, osserva che “*the risk-reducing effects of the various extraordinary support measures taken in its member jurisdictions should be fully recognised in risk-based capital requirements*”.

<sup>46</sup> Decisione (UE) 2020/440 della Banca Centrale europea del 24 marzo 2020.

<sup>47</sup> Art. 1, comma 2, Decisione (UE) 2020/440 della Banca Centrale europea del 24 marzo 2020, cui si rinvia per una descrizione dettagliata degli strumenti.

<sup>48</sup> L’art. 1, comma 1, Decisione (UE) 2020/440 della Banca Centrale europea del 24 marzo 2020 stabiliva che il *Pandemic emergency purchase programme* avesse una dotazione di 750 miliardi di euro, successivamente la Banca Centrale europea il 4 giugno 2020 ha deciso di incrementarne di altri 600 miliardi di euro la consistenza.

Nel complesso quadro giuridico rappresentato dai molteplici interventi posti in essere a livello europeo merita particolare attenzione anche la Dichiarazione del Consiglio dei Governatori del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), del 15 maggio 2020, attraverso cui viene predisposta una nuova linea di credito denominata *Pandemic Crisis Support* per gli Stati Membri la cui moneta è l'euro, volta a fornire assistenza finanziaria per la gestione della crisi pandemica.

Tale linea di credito prevede l'obbligo per gli Stati Membri di utilizzare i fondi al fine di sostenere costi diretti o indiretti del settore sanitario legati alla pandemia Covid-19.

Sempre in questo contesto, si colloca l'istituzione, avvenuta con Regolamento europeo n. 672 del 19 maggio 2020, di uno strumento europeo di sostegno temporaneo agli Stati Membri il cd. SURE, *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*, quale prestito per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza derivanti dall'epidemia Covid-19, il cui ammontare complessivo è pari a 100 miliardi di euro, ed è volto a *“fornire assistenza finanziaria a uno Stato membro che subisca o rischi seriamente di subire gravi perturbazioni economiche dovute all'epidemia di Covid-19, per consentire il finanziamento, in primo luogo, di regimi di riduzione dell'orario lavorativo o di misure analoghe che mirano a proteggere i lavoratori dipendenti e autonomi e pertanto a ridurre l'incidenza della disoccupazione e della perdita di reddito, nonché per finanziare determinate misure di carattere sanitario, in particolare nel luogo di lavoro”*<sup>49</sup>.

Anche la Banca Europea per gli Investimenti dedica specifica attenzione alle necessità delle MSMEs, attraverso il *Fondo di garanzia paneuropeo*, istituito nell'aprile del 2020 che fornirà 25 miliardi di euro di garanzia a supporto delle imprese al fine di mobilitare fino a 200 miliardi di euro di finanziamento addizionali, stimando che *“at least 65% of the financing will go for small and medium sized businesses. Up to 23% to companies with 250 or more employees, with restrictions applying to companies with more*

<sup>49</sup> Art. 1, comma 2, del Regolamento UE 672/2020; il successivo art. 3 stabilisce che uno Stato membro può richiedere l'assistenza finanziaria dell'Unione *“a titolo dello strumento («assistenza finanziaria») quando la propria spesa pubblica effettiva ed eventualmente anche programmata abbia subito un aumento repentino e severo a decorrere dal 1° febbraio 2020 per via di misure nazionali direttamente connesse a regimi di riduzione dell'orario lavorativo o a misure analoghe per far fronte agli effetti socioeconomici delle circostanze eccezionali causate dall'epidemia di Covid-19. Gli Stati membri beneficiari si avvalgono dell'assistenza finanziaria in primo luogo a supporto dei propri regimi nazionali di riduzione dell'orario lavorativo o misure analoghe e, ove applicabile, a supporto delle pertinenti misure di carattere sanitario”*. Nello specifico all'Italia con Decisione di esecuzione (UE) 2020/1349 del Consiglio del 25 settembre 2020 è stato concesso un sostegno temporaneo a norma del Regolamento (UE) 2020/672 attraverso *“un prestito dell'importo massimo di 27 438 486 464 EUR. La scadenza media massima del prestito è di 15 anni”* (art. 1 della Decisione di esecuzione); l'art. 3 della Decisione di esecuzione dettaglia le misure che l'Italia può finanziare.

than 3,000 staff. Up to 5% to public sector companies and entities active in the area of health or health-research or providing essential services related to the health crisis. Up to 7% to venture and growth capital and venture debt”<sup>50</sup>.

Si richiamano altresì le Conclusioni del Presidente del Consiglio europeo a seguito della riunione del Consiglio stesso del 23 aprile 2020 che identificano nella definizione del *Recovery Fund* uno strumento necessario ed urgente; infatti “*this fund shall be of a sufficient magnitude, targeted towards the sectors and geographical parts of Europe most affected, and be dedicated to dealing with this unprecedented crisis. We have therefore tasked the Commission to analyse the exact needs and to urgently come up with a proposal that is commensurate with the challenge we are facing. The Commission proposal should clarify the link with the MFF, which in any event will need to be adjusted to deal with the current crisis and its aftermath*”<sup>51</sup>.

Due Comunicazioni della Commissione europea del 27 maggio 2020 definiscono un quadro di azione più organico al fine di affrontare le molteplici sfide connesse alla pandemia: la prima di esse, la Comunicazione intitolata *Il bilancio dell’UE come motore del piano per la ripresa europea*<sup>52</sup>, si propone “*di sfruttare appieno il potenziale del bilancio dell’UE per mobilitare gli investimenti e concentrare il sostegno finanziario nei primi anni, che saranno cruciali ai fini della ripresa*”<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> La Banca Europea per gli Investimenti nel marzo 2020 mirava a definire un “pacchetto finanziario” utile per costruire “*programmi specifici di garanzia alle banche, basati su quelli già esistenti e in grado di ottenere una rapida attuazione*”. La Banca Centrale, nel parere dell’8 maggio 2020, sottolinea che viene accolta “*con favore l’approvazione da parte del Consiglio europeo dell’accordo dell’Eurogruppo sulle tre reti di sicurezza destinate a lavoratori, imprese ed emittenti sovrani, ossia lo strumento SURE, unitamente al Sostegno per la gestione della crisi pandemica da parte del Meccanismo europeo di stabilità e un fondo di garanzia paneuropeo*”.

<sup>51</sup> La Commissione europea, in vista della riunione del Consiglio europeo del 23 aprile 2020, aveva predisposto un paper dal titolo “*A roadmap for recovery - Towards a more resilient, sustainable and fair Europe*” che identificava quattro principi generali di azione, e cioè: “*1. The shock of the pandemic is symmetric; it is important to avoid the recovery becoming asymmetric. Not all have suffered in the same way, not all have the same leverages to use and not all regions will be able to restart their economies quickly. The EU’s recovery plan must therefore be based on solidarity, cohesion and convergence. We must ensure a level playing field for all. A functioning Single Market is beneficial to all EU citizens. 2. This roadmap focuses on what can be done at the EU level given what we currently know. The pandemic is not over and we do not yet know exactly how it will affect us all. Our approach to this recovery must therefore be flexible and agile and will need to evolve over time. 3. The recovery must be inclusive and co-owned by all involved. It will be a team effort, from EU institutions to Member States, regions, business, civil society, social partners and other stakeholders, while respecting the principle of subsidiarity. The Union can strengthen the actions taken by Member States. 4. The EU is based on a set of values and rights that are fundamental to the integrity of our model and way of life. While crisis situations require exceptional measures, these values must be upheld at all times. This and the full respect of the rule of law are not negotiable*”.

<sup>52</sup> COM (2020) 442.

<sup>53</sup> COM (2020) 442, p. 1. In tema si rinvia a A. Rosanò, *Le conseguenze economiche del Coronavirus e la battaglia sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027: alla ricerca di un principio di solidarietà europea*, in *Federalismi*, it, 2020, n. 24.

La seconda Comunicazione, intitolata *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*<sup>54</sup>, cd. Next Generation EU, si prefigge di delineare il futuro delle prossime generazioni, ripristinando la fiducia nell'Unione e mirando ad un'Europa più sostenibile, più resiliente e più giusta, che sappia promuovere la transizione verde e digitale: a tale fine la Commissione europea, ritiene essenziale definire uno strumento di emergenza per la ripresa del valore di 750 miliardi di euro<sup>55</sup>, che poggia su tre pilastri fondamentali: un primo pilastro consiste nel sostenere gli investimenti e le riforme che gli Stati membri devono realizzare per fronteggiare la crisi; un secondo pilastro è relativo al rilancio dell'economia dell'UE incentivando gli investimenti privati<sup>56</sup>, ed un terzo è orientato ad apprendere insegnamenti dalla crisi, con un nuovo programma *EU4Health* che possa definire azioni utili per affrontare future crisi sanitarie, nonché per rafforzare i sistemi sanitari degli Stati membri<sup>57</sup>.

In connessione a questi tre pilastri, e con specifico riferimento alle micro, piccole e medie imprese, è evidenziata sia l'importanza di definire nuovi strumenti giuridici

<sup>54</sup> COM (2020) 456.

<sup>55</sup> Le Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020, EUCO 10/20, p. 5, specificano che “*the amounts under NGEU for individual programmes shall be as follows: Recovery and Resilience Facility (RRF) EUR 672.5 billion (of which loans EUR 360 billion, of which grants EUR 312.5 billion); ReactEU: EUR 47.5 billion; Horizon Europe: EUR 5 billion; InvestEU: EUR 5.6 billion; Rural Development: EUR 7.5 billion; Just Transition Fund (JTF): EUR 10 billion; RescEU: EUR 1.9 billion; Total: EUR 750 billion*”. La Comunicazione della Commissione europea, COM (2020) 456, p. 4, evidenzia che “*le risorse necessarie per Next Generation EU saranno mobilitate innalzando temporaneamente il massimale delle risorse proprie al 2% del reddito nazionale lordo dell'UE. Questo consentirà alla Commissione di utilizzare il suo ottimo rating di credito per prendere in prestito 750 miliardi di euro sui mercati finanziari a favore di Next Generation EU. I fondi ottenuti dovranno essere rimborsati attraverso i futuri bilanci dell'UE non prima del 2028 e non oltre il 2058*”.

<sup>56</sup> La Comunicazione della Commissione COM (2020) 442, intitolata *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea*, p. 8, specifica che si intende proporre “*un nuovo strumento di sostegno alla solvibilità in grado di contribuire alla mobilitazione di risorse private per fornire un sostegno urgente alle imprese europee che, pur essendo sostanzialmente sane, devono far fronte nell'immediato a difficoltà di liquidità e solvibilità*”, e che tale strumento “*sarà istituito nel quadro del FEIS. Mobiliterà investimenti privati a favore delle imprese in difficoltà fornendo garanzie parziali contro le perdite. Grazie a una dotazione di 5 miliardi di euro nell'attuale quadro finanziario per il 2020, che dovrebbe assicurare un avviamento rapido, e 26 miliardi di euro aggiuntivi provenienti da Next Generation EU, il bilancio dell'UE fornirà una garanzia di circa 75 miliardi di euro alla Banca europea per gli investimenti, cui è affidata l'attuazione tempestiva sul campo. Lo strumento punta a un livello di investimenti a sostegno della solvibilità di 300 miliardi di euro*”.

<sup>57</sup> Cfr. COM (2020) 442, p. 10, che sottolinea la necessità di “*dotare l'Unione delle capacità critiche per reagire a future crisi sanitarie rapidamente e con la necessaria intensità*”, al fine di delineare “*un quadro globale per la prevenzione, la preparazione e la risposta alle crisi sanitarie a livello dell'UE, che integri e potenzi gli sforzi compiuti a livello nazionale e il sostegno regionale ai sistemi sanitari nell'ambito della politica di coesione*”; i finanziamenti per tale nuovo Programma ammontano a 9,4 miliardi di euro. Il dettaglio del Programma è contenuto nella Proposta di Regolamento europeo, COM (2020) 405 relativo all'istituzione di un Programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027, e che abroga il Regolamento (UE) n. 282/2014.

ed economici, quale, ad esempio, il programma REACT-EU, che *“fornirà agli Stati membri un sostegno integrativo a favore della coesione attraverso una dotazione di 55 miliardi di EUR”*<sup>58</sup>, sia la necessità di potenziare gli strumenti già esistenti come, ed esempio, *“il Fondo per una transizione giusta con un importo supplementare di 32,5 miliardi di EUR”*, poiché *“questi finanziamenti serviranno ad attenuare l’impatto socioeconomico della transizione sostenendo la riqualificazione, aiutando le PMI a creare nuove opportunità economiche e investendo nella transizione verso l’energia pulita”*<sup>59</sup>.

La combinazione delle azioni definite nel programma Next Generation Eu e nel Quadro finanziario pluriennale<sup>60</sup> *“sono indissociabili. Abbiamo bisogno dello sforzo per la ripresa per rispondere con rapidità ed efficacia a una sfida temporanea, ma questo potrà dare i risultati auspicati ed essere sostenibile soltanto se associato e in armonia con il tradizionale QFP, che dal 1988 plasma le nostre politiche di bilancio e offre una prospettiva a lungo termine”*<sup>61</sup>. Degna di nota è altresì la Comunicazione del 28 maggio 2020<sup>62</sup> con cui la Commissione europea ha proposto l’istituzione di un *“Recovery and Resilience Facility”*, da applicarsi *“to policy areas related to economic, social and territorial cohesion, the green and digital transitions, health, competitiveness, resilience, productivity, education and skills, research and innovation, smart, sustainable and inclusive growth, jobs and investment, and the stability of the financial systems”* (art. 3 della Proposta); la Proposta stabilisce che *“the general objective of the Recovery and Resilience Facility shall be to promote the Union’s economic, social and territorial cohesion by improving the resilience and adjustment capacity of the Member States, mitigating the social and economic impact of the*

<sup>58</sup> COM (2020) 442, p. 10, che prosegue specificando che *“questo importo sarà disponibile dal 2020 e distribuito secondo un nuovo criterio di ripartizione che terrà conto dell’impatto della crisi. In tal modo si eviteranno interruzioni dei finanziamenti per le principali misure di risanamento post-crisi e si garantirà un sostegno agli indigenti. I fondi serviranno a sostenere i lavoratori e le PMI, i sistemi sanitari e le transizioni verde e digitale e saranno disponibili in tutti i settori, dal turismo alla cultura”*.

<sup>59</sup> COM (2020) 456, p. 8.

<sup>60</sup> Cfr. Consiglio europeo del 21 luglio 2020 stima una dotazione complessiva di 1.824,3 miliardi di euro (1.074,3 miliardi di EUR relativi al Quadro finanziario pluriennale e 750 miliardi di euro derivanti da Next Generation EU).

<sup>61</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020, EUCO 10/20, p. 1, che precisa che nella situazione attuale è necessario *“uno sforzo senza precedenti e un approccio innovativo, in grado di promuovere la convergenza, la resilienza e la trasformazione nell’Unione europea”*, evidenziando che *“la natura eccezionale della situazione economica e sociale dovuta alla crisi COVID-19 impone misure eccezionali a sostegno della ripresa e della resilienza delle economie degli Stati membri. Il Piano per la ripresa europea necessiterà di ingenti investimenti pubblici e privati a livello europeo che avviino saldamente l’Unione verso una ripresa sostenibile e resiliente, capace di creare posti di lavoro e di riparare i danni immediati causati dalla pandemia di COVID-19, sostenendo nel contempo le priorità verdi e digitali dell’Unione. Il QFP, rafforzato da Next Generation EU, sarà il principale strumento europeo”*.

<sup>62</sup> COM (2020) 408.

*crisis, and supporting the green and digital transitions, thereby contributing to restoring the growth potential of the economies of the Union, fostering employment creation in the aftermath of the COVID-19 crisis, and promoting sustainable growth. To achieve that general objective, the specific objective of the Recovery and Resilience Facility shall be to provide Member States with financial support with a view to achieving the milestones and targets of reforms and investments as set out in their recovery and resilience plans. That specific objective shall be pursued in close cooperation with the Member States concerned” (art. 4 della Proposta)<sup>63</sup>.*

La precedente analisi mette in evidenza come l’Unione europea abbia predisposto un ampio quadro di intervento a favore delle economie nazionali individuando azioni e strumenti di supporto per le MSMEs e diretti ad innescare un processo di cambiamento economico ed ambientale di dimensione e portata epocale<sup>64</sup>, a cui l’attuale emergenza pandemica ha certamente indotto una repentina accelerazione verso una transizione già delineata dell’Unione europea con il programma European Green Deal<sup>65</sup>.

### **3. Le azioni a supporto della liquidità per le micro, piccole e medie imprese a livello nazionale.**

La dichiarazione nazionale dello stato di emergenza sanitaria proclamata il 31 gennaio 2020<sup>66</sup> ha condotto il Governo ad emanare una normativa caratterizzata da

<sup>63</sup> In tema si veda il Rapporto dell’Istituto nazionale di statistica “*Individuazione delle priorità di utilizzo del Recovery Fund*” del 2 settembre 2020, presso la V Commissione “Bilancio, Tesoro e Programmazione”, Camera dei Deputati.

<sup>64</sup> Analizza E. Chiti, *L’Unione e le conseguenze della pandemia*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2020, n. 4, come, nella situazione attuale, si ravvisi una “*difficoltà di tenuta del quadro giuridico vigente*” che apre, però, “*uno spazio di opportunità, nel quale il giurista realista troverà pane per i suoi denti. Per scioglierla in un modo utile alle esigenze del processo di integrazione, infatti, non servono solo la ragione politica e quella economica, ma anche e soprattutto l’impegno diretto della scienza giuridica nella interpretazione razionalizzante e nella progettazione del quadro di regole che disciplinerà la ricostruzione*” (p. 444).

<sup>65</sup> COM (2019) 640. In tema si rinvia a M. Cecchetti, *Le politiche ambientali tra diritto sovranazionale e diritto interno*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 7, spec. p. 101, ove l’A. afferma che “*il «modello europeo» di tutela dell’ambiente è ben lungi dal risultare perfetto e compiuto; le stesse istituzioni sovranazionali, d’altra parte, se ne mostrano pienamente consapevoli e non mancano, più frequentemente di quanto si possa immaginare, di riconoscere le carenze e le lacune delle politiche ambientali adottate, in termini di risultati concreti effettivamente raggiunti rispetto alla individuazione di obiettivi che ancora troppo spesso non vanno al di là di «filosofie di fondo» o mere «dichiarazioni di buone intenzioni»*”.

<sup>66</sup> 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*

una molteplicità di atti aventi forza di legge<sup>67</sup> volti a contenere la pandemia Covid-19 e ad attuare numerose azioni di sostegno per le famiglie e per le imprese.

Nel contesto di un approccio normativo contraddistinto da costanti modificazioni connesse all'evoluzione della pandemia in corso ci si prefigge ora di riservare specifica attenzione alle misure finalizzate a supportare le imprese di dimensione minore che sono, infatti, destinatarie di una serie di misure che hanno condotto dapprima alla sospensione dell'attività lavorativa da parte delle autorità competenti in Comuni o aree nelle quali risultava positiva al Covid-19 almeno una persona<sup>68</sup>, successivamente è stata prevista la chiusura di alcuni Comuni<sup>69</sup>, per giungere, infine, con Dpcm del 22 marzo 2020<sup>70</sup>, alla sospensione di tutte le attività produttive industriali e commerciali, ad eccezione di quelle specificamente richiamate<sup>71</sup>.

---

*del 31 gennaio 2020, adottata ai sensi dell'art. 7, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 1 del 2018. Il rinvio è per tutti a B. Caravita, L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana, in Federalismi.it, 2020, n. 6, p. IV, che osserva che "in tutti i circuiti costituzionalmente previsti di gestione di situazioni extra ordinem, la Costituzione chiede il mantenimento di un rapporto - pur derogatorio del regime ordinario - tra legislatore, quale espressione della rappresentanza politica del Paese, e governo, quale titolare del potere esecutivo, affidando in tutti i casi un ruolo di garante e custode al Presidente della Repubblica, secondo i poteri a lui attribuiti dall'art. 87 (rappresenta l'unità nazionale rispetto a Regioni ed enti locali; dichiara lo stato di guerra; emana i decreti aventi valore di legge)".*

<sup>67</sup> In tema si rinvia all'analisi di S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it - Paper Osservatorio Emergenza Covid-19*, maggio 2020, ed a quella di 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 *AIC Osservatorio Costituzionale - Forum Covid-19*, 2020, n. 3.

<sup>68</sup> *In primis* il d. l. 23 febbraio 2020, n. 6 "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19", all'art. 1, comma 1, specifica che "allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19, nei Comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus, le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica".

<sup>69</sup> L'allegato 1 del Dpcm in parola individua "Comuni: 1) nella Regione Lombardia: a) Bertonico; b) Casalpusterlengo; c) Castelgerundo; d) Castiglione D'Adda; e) Codogno; f) Fombio; g) Maleo; h) San Fiorano; i) Somaglia; l) Terranova dei Passerini. 2) nella Regione Veneto: a) Vò". Si ricorda che ulteriori misure in materia di sospensione delle attività sono state previste con Dpcm 8 marzo 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19"; con Dpcm 9 marzo 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale"; con Dpcm 11 marzo 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale".

<sup>70</sup> "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale".

<sup>71</sup> L'art. 1, comma 1, lettera a) del Dpcm del 22 marzo 2020 sospende tutte le attività ad eccezione di quelle indicate nell'allegato 1 attraverso il Codice di classificazione delle attività economiche, nonché salvo quanto disposto nello specifico nel Dpcm stesso.

Parallelamente all’emanazione di misure finalizzate a contenere la diffusione del Covid-19 si è dato avvio ad una fase di sostegno per le imprese di dimensioni minore ed in particolare il d. l. 17 marzo 2020, n. 18<sup>72</sup>, definisce azioni volte ad incentivare la liquidità bancaria per le imprese, al fine di contrastare il ciclo economico negativo collegato alla pandemia, nonché azioni volte alla sospensione di alcuni adempimenti fiscali e contributivi<sup>73</sup>.

Specificamente, e per quanto concerne il nostro studio, il d. l. in oggetto ha istituito il “Fondo centrale di garanzia PMI”<sup>74</sup>, mediante il quale ci si prefigge di incentivare

---

La Relazione annuale di Banca d’Italia del 2019 sottolinea in proposito che “*le attività produttive considerate «non essenziali» e sospese dal DPCM del 22 marzo 2020 rappresentavano circa un terzo del valore aggiunto complessivo, con percentuali che raggiungevano circa due terzi per la componente alloggio e ristorazione e la quasi totalità per le attività ricreative*” (p. 56); la Relazione prosegue analizzando che “*per il primo semestre dell’anno in corso le imprese prevedono in media una diminuzione del fatturato di circa il 26 per cento rispetto al corrispondente periodo del 2019. La contrazione attesa sarebbe omogenea tra le aree del Paese; risulterebbe più forte per le imprese con meno di 50 addetti (-29 per cento) e meno marcata per quelle con oltre 500 addetti (-18 per cento). L’eterogeneità delle prospettive sul fatturato è complessivamente superiore a quella rilevata negli scorsi anni ed è risultata considerevolmente maggiore per le imprese che hanno risposto dalla seconda metà di marzo. I settori più colpiti nella prima parte dell’anno sono stati quelli dei servizi, soprattutto il comparto del commercio, alberghi e ristorazione; nell’industria il calo è stato più deciso per le imprese del tessile e dell’abbigliamento*” (p. 79)”. L’ISTAT, nella Memoria scritta presentata alle Commissioni riunite VI Commissione “Finanze” e X Commissione “Attività produttive” della Camera dei Deputati il 29 aprile 2020, precisa che “*i provvedimenti di chiusura hanno riguardato in maniera più pervasiva l’industria: quasi i due terzi delle imprese industriali, che rappresentano il 46,8% del fatturato e il 53,2% del valore aggiunto del macrosettore, hanno dovuto sospendere la propria attività. Al contempo, nel terziario l’incidenza delle imprese che operano in comparti la cui attività è interrotta è del 43,8%, il 37,2% in termini di fatturato e il 29,9% in termini di valore aggiunto. La sospensione incide in misura maggiore nel comparto industriale anche dal punto di vista occupazionale: il 59,3% degli addetti del settore afferiscono ad attività sospese, contro il 35,2% dei comparti dei servizi. La sospensione delle attività ha inciso in particolar modo nel Nord-est (dove il 50,1% dell’occupazione afferisce ad attività sospese) e del Nord-ovest (43,3%), mentre la quota è via via inferiore nel Centro (41,3%), nel Sud (41,1%) e nelle Isole (33,6%)*” (p. 9).

<sup>72</sup> “*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19*”. In tema di effetti futuri dell’emergenza Covid-19 sui sistemi sanitari si rinvia, per tutti a G. Falcon, *Dall’emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, 2020, n. 3, ed a C. Bottari, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in *Federalismi.it - Paper Osservatorio Emergenza Covid-19*, maggio 2020.

<sup>73</sup> Si rinvia nel dettaglio agli artt. 60 – 71 bis. Sul punto la dottrina ha evidenziato che il Mezzogiorno “*rischia di rimanere indietro nella fase della ripresa, perché sconta la precedente crisi, dalla quale non si è ancora ripreso, ed è penalizzato anche dal peso dell’indebitamento e dalle lungaggini burocratiche*”, così A. Claroni, *Le misure per il Mezzogiorno nel decreto «Cura Italia» e le implicazioni giuridiche dell’emergenza a seguito della pandemia da Covid-19: brevi considerazioni*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2020, n. 2, p. 614.

<sup>74</sup> Il Fondo centrale di garanzia PMI è stato disciplinato dall’art. 49 del d. l. 17 marzo 2020 n. 18, successivamente tale articolo è stato abrogato e sostituito dall’art. 13 del d. l. 8 aprile 2020, n. 23. I dati relativi all’accesso al Fondo aggiornati ad ottobre 2020 riportano che sono pervenute 1.188.196 domande, con finanziamenti richiesti per un ammontare di 94.932.437.091 miliardi di euro. Per una migliore e più efficace attuazione delle misure di sostegno della liquidità è stata costituita una Task force composta da Ministero dell’Economia e delle Finanze, Ministero dello Sviluppo Economico, Banca d’Italia, Associazione Bancaria Italiana, Mediocredito Centrale (MCC) e Sace, che rappresenta un punto di condivisione di informazioni e di coordinamento delle azioni dei soggetti coinvolti.

l'accesso al credito bancario per quelle imprese che non dispongono di sufficienti garanzie, tanto che la norma identifica diversi interventi in base al tipo di garanzia richiesta, all'ammontare della garanzia concessa, al soggetto richiedente ed alle condizioni economiche del soggetto richiedente.

In particolare, l'art. 49 *bis* stabilisce che alle piccole e medie imprese con sede ed unità locali ubicate in Comuni particolarmente colpiti dal Covid-19<sup>75</sup> sia concessa gratuitamente la garanzia del Fondo per un periodo pari a dodici mesi, a decorrere dal 2 marzo 2020 e con priorità sugli altri interventi<sup>76</sup>.

Sempre in tema di sostegno della liquidità delle micro, piccole e medie imprese il successivo art. 56 del d. l. 17 marzo 2020 dedica particolare attenzione alle esposizioni debitorie nei confronti delle banche prevedendo, ad esempio, l'impossibilità di procedere alla revoca fino al 30 settembre 2020 degli importi accordati per le aperture di credito a revoca e per i prestiti accordati a fronte di anticipi su crediti esistenti alla data del 29 febbraio 2020<sup>77</sup>. È altresì prevista la proroga al 31 gennaio 2021, alle medesime condizioni, ed unitamente ai rispettivi elementi accessori e senza alcuna formalità, di prestiti non rateali con scadenza contrattuale prima del 31 gennaio 2021<sup>78</sup>; viene altresì disposta la sospensione sino al 30 settembre 2020 del pagamento delle rate o dei cánoni di leasing in scadenza prima del 30 settembre 2020 per i mutui e gli altri finanziamenti a rimborso rateale, mentre il piano di rimborso delle rate o dei cánoni oggetto di sospensione è dilazionato,

<sup>75</sup> La norma si riferisce ai Comuni identificati nell'Allegato 1 del Dpcm del 1° marzo 2020 “*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*”.

<sup>76</sup> L'art. 49 *bis*, comma 1, prosegue definendo “*un importo massimo garantito per singola impresa di 2.500.000 euro*”, e specificando che “*per gli interventi di garanzia diretta la percentuale massima di copertura è pari all'80 per cento dell'ammontare di ciascuna operazione di finanziamento. Per gli interventi di riassicurazione la percentuale massima di copertura è pari al 90 per cento dell'importo garantito dal Confidi o da altro fondo di garanzia, a condizione che le garanzie da questi rilasciate non superino la percentuale massima di copertura dell'80 per cento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano nel rispetto della normativa europea e nazionale in materia di aiuti di Stato*”. Il successivo comma 2 chiarisce che “*l'intervento di cui al comma 1 può essere esteso, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, per periodi determinati e nei limiti delle risorse di cui al comma 3, alle piccole e medie imprese ubicate in aree diverse da quelle di cui al comma 1, in considerazione dell'impatto economico eccezionale subito in ragione della collocazione geografica limitrofa alle medesime aree, ovvero dell'appartenenza a una filiera particolarmente colpita, anche solo in aree particolari*”.

<sup>77</sup> Art. art. 56, comma 2, lettera a), del d. l. 17 marzo 2020.

<sup>78</sup> Art. art. 56, comma 2, lettera b), del d. l. 17 marzo 2020.

unitamente agli elementi accessori e senza alcuna formalità, secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri <sup>79</sup>.

Anche nel successivo d. l. 8 aprile 2020, n. 23<sup>80</sup>, sono previsti ulteriori strumenti di rafforzamento per la liquidità delle imprese per la copertura dai rischi di mercato, tra cui una specifica garanzia statale concessa da SACE S.p.A. per un ammontare complessivo di 200 miliardi, di cui 30 miliardi sono destinati specificamente a micro, piccole e medie imprese<sup>81</sup>: tale norma non è parsa nella sua articolazione di *“lettura immediata”*, in particolare in riferimento alle disposizioni di cui all'art. 1, comma 2, lettera d), che stabilisce *“un concorso paritetico e proporzionale tra garante e garantito nelle perdite per mancato rimborso del finanziamento”*; tanto che *“se la si collega al fatto che l'articolato prosegue introducendo il tema della copertura limitata della garanzia di Sace, diventerebbe ragionevole ipotizzare, mi pare, che essa contempra il caso della partecipazione nell'esecuzione – fallimentare o non – sui beni del debitore del credito di rivalsa del garante, che ha subito l'escussione della garanzia, e del credito residuo, e non garantito, della banca”*<sup>82</sup>.

La Banca d'Italia, nella Memoria presentata alle Commissioni riunite VI (Finanze) e X (Attività produttive) della Camera dei Deputati il 27 aprile 2020, relativamente

---

<sup>79</sup> Art. art. 56, comma 2, lettera c), del d. l. 17 marzo 2020. Il successivo comma 6 specifica che *“su richiesta telematica del soggetto finanziatore con indicazione dell'importo massimo garantito, le operazioni oggetto delle misure di sostegno di cui al comma 2 sono ammesse, senza valutazione, alla garanzia di un'apposita sezione speciale del Fondo di cui all'art. 2, comma 100, lett. a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662. La sezione speciale, con una dotazione di 1730 milioni di euro, garantisce: a) per un importo pari al 33 per cento i maggiori utilizzi, alla data del 30 settembre 2020, rispetto all'importo utilizzato alla data di pubblicazione del presente decreto dei prestiti di cui al comma 2, lettera a); b) per un importo pari al 33 per cento i prestiti e gli altri finanziamenti la cui scadenza è prorogata ai sensi del comma 2, lettera b); c) per un importo pari al 33 per cento le singole rate dei mutui e degli altri finanziamenti a rimborso rateale o dei canoni di leasing che siano in scadenza entro il 30 settembre 2020 e che siano state sospese ai sensi del comma 2, lettera c). Con riferimento a finanziamenti erogati con fondi, in tutto o in parte, di soggetti terzi, le operazioni di cui al comma 2, lettere a), b) e c), sono realizzate senza preventiva autorizzazione da parte dei suddetti soggetti e con automatico allungamento del contratto di provvista in relazione al prolungamento dell'operazione di finanziamento, alle stesse condizioni del contratto originario nonché con riferimento a finanziamenti agevolati previa comunicazione all'ente incentivante che entro 15 giorni può provvedere a fornire le eventuali integrazioni alle modalità operative”*. Il comma 7 sottolinea che *“la garanzia della sezione speciale del Fondo di cui al comma 6 ha natura sussidiaria ed è concessa a titolo gratuito. La garanzia copre i pagamenti contrattualmente previsti per interessi e capitale dei maggiori utilizzi delle linee di credito e dei prestiti, delle rate o dei canoni di leasing sospesi e degli altri finanziamenti prorogati di cui al comma 6. Per ciascuna operazione ammessa alla garanzia viene accantonato, a copertura del rischio, un importo non inferiore al 6 % dell'importo garantito a valere sulla dotazione della sezione speciale”*.

<sup>80</sup> *“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”*.

<sup>81</sup> Art. 1, comma 1, del d. l. 8 aprile 2020, n. 23 e s.m.i.

<sup>82</sup> A. A. Dolmetta, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia*, in *Rivista di Diritto bancario*, 2020, n. 1, p. 269.

alla conversione del d. l. 8 aprile 2020, n. 23, sottolinea che *“la concessione di garanzie pubbliche, soprattutto alle PMI, è uno strumento adatto a incentivare le banche a fornire la liquidità necessaria a far fronte alla crisi”*, ma ciò richiede azioni rapide d’intervento per far sì che le risorse disponibili siano subito accessibili, garantendo in questo modo l’efficacia e la concretezza dell’azione pubblica.

Sempre il d. l. n. 23 prevede altresì misure in favore delle imprese esportatrici stabilendo che la SACE S.p.A. favorisca una concreta internazionalizzazione delle imprese italiane che operano in quei settori definiti strategici per l’economia nazionale in termini di livelli occupazionali e ricadute per il sistema economico del Paese, attivando una copertura assicurativa e di garanzia dei rischi non di mercato<sup>83</sup>.

Analizzando l’ammontare delle garanzie pubbliche che sono complessivamente attribuite con i decreti n. 18 e n. 23 al sostegno delle MSMEs, la Banca d’Italia osserva come tale ammontare *“si colloca intorno ai 450 miliardi, circa 5 volte il valore di quelle in essere alla fine del 2019. Data la gravità della crisi e l’incertezza sui tempi e sulla rapidità della ripresa dell’attività economica, la probabilità di una futura escussione di tali garanzie sarà verosimilmente molto più elevata che in condizioni normali. Gli oneri per le finanze pubbliche, seppure distribuiti su più esercizi (i prestiti ammessi a garanzia possono avere una durata massima di sei anni) potranno essere significativi”*<sup>84</sup>.

La disciplina sino a questo punto analizzata si interseca con quella prevista nel d. l. 19 maggio 2020, n. 34<sup>85</sup>, cosiddetto Decreto Rilancio, che dedica specifica attenzione alle esigenze delle imprese disciplinando una serie di interventi a favore delle imprese di dimensione minore<sup>86</sup>, nonché definendo l’attuazione delle disposizioni europee in tema di aiuti di Stato che possono essere concessi alle imprese, e che negli artt. 53 – 65 definisce in dettaglio le tipologie di aiuti erogabili alle imprese<sup>87</sup>:

<sup>83</sup> Art. 2, comma 1, del d. l. 8 aprile 2020, n. 23 e s.m.i.

<sup>84</sup> P. 5 della Memoria della Banca d’Italia presentata alle Commissioni riunite VI (Finanze) e X (Attività produttive) della Camera dei Deputati il 27 aprile 2020 relativamente alla conversione del d. l. 8 aprile 2020, n. 23.

<sup>85</sup> *“Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”*.

<sup>86</sup> In tema si rinvia a G. Fonderico, *Finanziamenti a imprese e lavoratori autonomi*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2020, n. 5, p. 568 ss.

<sup>87</sup> Il rinvio è al Titolo II *Sostegno alle imprese e all’economia*, Capo II *Regime quadro della disciplina degli aiuti* del d.l. 34 del 2019. Nel dettaglio l’art. 54 definisce *“Aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali”*; l’art. 55 *“Aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti alle imprese”*; l’art. 56 *“Aiuti sotto forma di tassi d’interesse agevolati per i prestiti alle imprese”*; l’art. 57 *“Aiuti alle imprese per la ricerca e lo sviluppo in materia di COVID-19”*; l’art. 58 *“Aiuti alle imprese per gli investimenti per le infrastrutture di prova e upscaling”*; l’art. 59 *“Aiuti alle imprese agli investimenti per la produzione di prodotti”*.

specificamente ad esempio, l'art. 55 si focalizza sulle garanzie che riguardano sia prestiti per gli investimenti, sia prestiti per il capitale di esercizio concessi alle imprese in modo diretto, ovvero attraverso banche o altri soggetti abilitati all'esercizio del credito, stabilendo che *“le garanzie di cui al presente articolo non si applicano a prestiti preesistenti, salva l'ipotesi nella quale sussiste l'obbligo giuridico di prorogare la scadenza dei prestiti esistenti per le PMI”*<sup>88</sup>.

Il successivo art. 136 del d. l. in esame prevede, invece, che i Piani di risparmio a lungo termine (i cd. PIR) destinati alle PMI<sup>89</sup> *“per almeno i due terzi dell'anno solare di durata del piano, investano almeno il 70% del valore complessivo, direttamente o indirettamente, in strumenti finanziari, anche non negoziati in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione, emessi o stipulati con imprese residenti nel territorio dello Stato ai sensi dell'articolo 73 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, o in Stati Membri dell'Unione europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo con stabile organizzazione nel territorio dello Stato, diverse da quelle inserite negli indici FTSE MIB e FTSE Mid Cap della Borsa italiana o in indici equivalenti di altri mercati regolamentati”*<sup>90</sup>; il medesimo articolo, al comma 2, stabilisce che *“gli investitori possono destinare somme o valori per un importo non superiore a 150.000 euro all'anno e a 1.500.000 euro complessivi”*.

Un particolare sostegno all'impresa di dimensione minore è contenuto nell'art. 25 del d. l. in esame che prevede un contributo a fondo perduto in favore di *“soggetti esercenti attività d'impresa e di lavoro autonomo e di reddito agrario”*<sup>91</sup> che presentino

---

*connessi al COVID-19”*; l'art. 60 *“Aiuti sotto forma di sovvenzioni per il pagamento dei salari dei dipendenti per evitare i licenziamenti durante la pandemia di COVID-19”*.

<sup>88</sup> L'art. 55, comma 7, specifica che *“gli enti creditizi o altri enti finanziari dovrebbero, nella misura più ampia possibile, trasferire ai beneficiari finali i vantaggi della garanzia pubblica o dei tassi di interesse agevolati sui prestiti. L'intermediario finanziario dovrà essere in grado di dimostrare l'esistenza di un meccanismo volto a garantire che i vantaggi siano trasferiti, nella misura più ampia possibile, ai beneficiari finali, sotto forma di maggiori volumi di finanziamento, maggiore rischiosità dei portafogli, minori requisiti in materia di garanzie e premi di garanzia o tassi d'interesse inferiori”*. Utilizzando la stessa strutturazione dell'articolo appena analizzato, il successivo art. 56, relativo ai tassi d'interesse agevolati per i prestiti alle imprese, stabilisce che tali prestiti possano essere inerenti sia il fabbisogno per gli investimenti, sia per il capitale di esercizio e che sia compito dell'intermediario, anche in questo caso, trasferire alle micro, piccole e medie imprese nella misura più ampia possibile i vantaggi connessi ai tassi di interesse agevolati sui prestiti.

<sup>89</sup> In tema di PIR il rinvio è per tutti a G. Molinaro, *Agevolati gli investimenti di casse di previdenza e fondi pensione e i piani di risparmio individuali*, in *Corriere tributario*, 2016, n. 46; D. V. Mascia, *I Pir per il finanziamento delle Pmi: potenzialità di sviluppo del mercato*, in *Bancaria*, 2017, n. 4; M. A. Stefanelli, *Micro impresa, regolazione giuridica e rinascita economica. Riflessioni in ordine alla costruzione di un nuovo modello di sviluppo economico e sociale*, in *Percorsi Costituzionali*, 2017, n. 3, spec. p. 982 ss; G. Scifoni, *L'Agenzia illustra la disciplina dei piani di risparmio a lungo termine*, in *Corriere tributario*, 2018, n. 18.

<sup>90</sup> Art. 136, comma 1, del d. l. 19 maggio 2020, n. 34.

<sup>91</sup> Art. 25, comma 1, del d. l. 34 del 2020.

ricavi o compensi non superiori ai 5 milioni di euro: tale contributo sarà erogato, previa istanza di richiesta, direttamente dall’Agenzia delle entrate<sup>92</sup> mediante un accredito nel conto corrente bancario o postale dell’interessato<sup>93</sup>. Sempre ai soggetti con ricavi o compensi non superiori a 5 milioni di euro esercenti attività d’impresa, arte o professione, viene riconosciuto un credito d’imposta pari al 60 per cento “dell’ammontare mensile del canone di locazione, di leasing o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell’attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all’esercizio abituale e professionale dell’attività di lavoro autonomo”<sup>94</sup>. Anche le strutture alberghiere, termali e agrituristiche, le agenzie di viaggio e turismo ed i tour operators possono usufruire del credito d’imposta indipendentemente dal volume di ricavi e compensi registrato nel periodo d’imposta precedente<sup>95</sup>, così come gli enti non commerciali, gli enti del terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti, relativamente al canone di locazione, di leasing o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell’attività istituzionale<sup>96</sup>.

L’art. 26 del medesimo d. l. si incentra, invece, sul rafforzamento patrimoniale delle imprese di medie dimensioni prevedendo l’istituzione di un apposito Fondo denominato “Fondo Patrimonio PMI”, a favore delle imprese con fatturato compreso tra i 10 ed i 50 milioni<sup>97</sup>, che mira a sostenere e rilanciare il sistema economico-

<sup>92</sup> L’Agenzia delle entrate, con provvedimento del 10 giugno 2020, n. 230439, ha disciplinato la “Definizione del contenuto informativo, delle modalità e dei termini di presentazione dell’istanza per il riconoscimento del contributo a fondo perduto di cui all’articolo 25 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34”.

<sup>93</sup> Art. 25, comma 11, del d. l. 34 del 2020; il comma 4 dell’articolo specifica che “il contributo a fondo perduto spetta a condizione che l’ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2020 sia inferiore ai due terzi dell’ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2019”; mentre il comma 5 stabilisce l’ammontare percentuale del contributo differenziandolo in tre fasce: soggetti con ricavi o compensi fino a 400.000 euro; soggetti con ricavi o compensi superiori a 400.000 euro e fino a un milione di euro, ed infine soggetti con ricavi o compensi superiori a un milione di euro e fino a cinque milioni di euro.

<sup>94</sup> Art. 28, comma 1, del d. l. 34 del 2020.

<sup>95</sup> Art. 28, comma 3, del d. l. 34 del 2020.

<sup>96</sup> Art. 28, comma 4, del d. l. 34 del 2020.

<sup>97</sup> La Banca d’Italia, nella Memoria presentata l’8 giugno 2020 alla Commissione V (Bilancio, Tesoro e programmazione) della Camera dei Deputati relativa alla “Conversione in legge del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”, evidenzia che secondo le stime effettuate “le imprese titolate a emettere gli strumenti finanziari in caso di incrementi di capitale sarebbero circa 8.000”, e che tali strumenti finanziari possono rappresentare una alternativa al finanziamento bancario sottolineando, però, tre “aspetti problematici: i) nonostante la denominazione, il Fondo rappresenta una fonte di capitale di debito che, almeno fino alla data di rimborso degli Strumenti Finanziari, può comportare un aumento della leva finanziaria delle società che vi faranno ricorso; ii) la possibilità di rimborsare gli Strumenti Finanziari a un valore inferiore rispetto a quello di sottoscrizione potrà contribuire a renderli appetibili per le imprese; in presenza di un volume di adesioni molto elevato, la dotazione iniziale del Fondo potrebbe essere insufficiente a

produttivo italiano attraverso la sottoscrizione entro il 31 dicembre 2020 di strumenti finanziari (obbligazioni o titoli di debito di nuova emissione) emessi dalle imprese che effettueranno aumenti di capitale nel 2020<sup>98</sup>.

Nello stesso contesto l'art. 38 del d. l. in esame è, invece, volto al rafforzamento del "sistema delle start-up innovative"<sup>99</sup>, attribuendo "risorse aggiuntive pari a euro 100 milioni per l'anno 2020, destinate al rifinanziamento delle agevolazioni concesse nella forma del finanziamento agevolato"<sup>100</sup>, nonché ulteriori 10 milioni di euro per l'anno 2020 quali contributi a fondo perduto finalizzati all'acquisto di "servizi prestati da parte di

---

*coprire le richieste: infatti, pur assumendo in via prudenziale che facciano aumenti di capitale solo le aziende che subiranno una riduzione del patrimonio superiore a 250.000 euro, si stima che l'ammontare di Strumenti Finanziari emessi da tali soggetti potrebbe raggiungere circa 10 miliardi; iii) le imprese potrebbero essere indotte a sostituire con gli Strumenti Finanziari altri debiti in bilancio; l'assenza di una valutazione del merito di credito dei beneficiari potrebbe comportare una minore efficienza nell'allocazione delle risorse".*

<sup>98</sup> Lo stesso art. 26 prevede incentivi fiscali per le ricapitalizzazioni in favore delle società di capitali con ricavi tra i 5 ed i 50 milioni, che hanno subito una riduzione complessiva dei ricavi non inferiore al 33% rispetto allo stesso periodo del 2019. Tali incentivi sono definiti sia per i sottoscrittori, il comma 5 dell'articolo in parola prevede che "l'investimento massimo del conferimento in denaro sul quale calcolare il credito d'imposta non può eccedere euro 2.000.000. La partecipazione riveniente dal conferimento deve essere posseduta fino al 31 dicembre 2023. La distribuzione di riserve, di qualsiasi tipo, prima di tale data da parte della società oggetto del conferimento in denaro comporta la decadenza dal beneficio e l'obbligo del contribuente di restituire l'ammontare detratto, unitamente agli interessi legali. L'agevolazione spetta all'investitore che ha una certificazione della società conferitaria che attesti di non aver superato il limite dell'importo complessivo agevolabile di cui al comma 20 ovvero, se superato, l'importo per il quale spetta il credito d'imposta. Non possono beneficiare del credito d'imposta le società che controllano direttamente o indirettamente la società conferitaria, sono sottoposte a comune controllo o sono collegate con la stessa ovvero sono da questa controllate", sia per la società, cui, a norma del comma 8, viene "riconosciuto, a seguito dell'approvazione del bilancio per l'esercizio 2020, un credito d'imposta pari al 50% delle perdite eccedenti il 10 per cento del patrimonio netto, al lordo delle perdite stesse, fino a concorrenza del 30 per cento dell'aumento di capitale di cui al comma 1, lettera c), e comunque nei limiti previsti dal comma 20. La distribuzione di qualsiasi tipo di riserve prima del 1° gennaio 2024 da parte della società ne comporta la decadenza dal beneficio e l'obbligo di restituire l'importo, unitamente agli interessi legali". L'art. 27, invece, prevede che "società per azioni, anche con azioni quotate in mercati regolamentati, comprese quelle costituite in forma cooperativa che: a) hanno sede legale in Italia; b) non operano nel settore bancario, finanziario o assicurativo; c) presentano un fatturato annuo superiore a euro cinquanta milioni" (comma 4) possono accedere agli interventi definiti dal "Patrimonio Destinato", istituito dal medesimo articolo presso Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., volto ad attuare "interventi e operazioni di sostegno e rilancio del sistema economico-produttivo italiano in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19" (comma 1).

<sup>99</sup> Le start-up innovative sono definite dall'articolo 25, comma 2, del d. l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221; per una analisi della dottrina giuridica che ha indagato le peculiarità di tali società si rinvia, *ex multis*, a: O. Cagnasso, "Start up" innovativa e fallimento, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, n. 5; O. Cagnasso, *Note in tema di start-up innovative, riduzione del capitale e stato di crisi (dalla nuova alla nuovissima s.r.l.)*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2019, n. 8; U. Minneci, "Equity crowdfunding": gli strumenti a tutela dell'investitore, in *Rivista di diritto civile*, 2019, n. 2; A. Picchione, *Le "start up" innovative nell'istruttoria prefallimentare*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, n. 2; G. A. Policaro, "Equity crowdfunding" e s.r.l. aperte. Un cambio di paradigma nel nostro ordinamento, in *Il diritto dell'economia*, 2019, n. 3.

<sup>100</sup> Art. 38, comma 1 del d. l. 19 maggio 2020, n. 34.

*incubatori, acceleratori, innovation hub, business angels e altri soggetti pubblici o privati operanti per lo sviluppo di imprese innovative”<sup>101</sup>.*

Le recentissime disposizioni previste all’interno del Dpcm del 24 ottobre 2020, in vigore dal periodo che va dal 26 ottobre 2020 al 24 novembre 2020, definiscono la sospensione<sup>102</sup>, ovvero la limitazione degli orari di apertura<sup>103</sup> di alcune attività imprenditoriali: a fronte di tali nuove misure che incidono significativamente sul tessuto economico nazionale il Governo emana il 28 ottobre 2020 il decreto legge n. 137<sup>104</sup>, cosiddetto “Decreto Ristori”, volto a supportare le attività imprenditoriali colpite dalle misure di prevenzione e contenimento della pandemia Covid-19 con uno stanziamento pari a 5,4 miliardi di euro in termini di indebitamento netto e 6,2 miliardi in termini di saldo da finanziare.

Gli interventi previsti all’interno del Decreto Ristori sono numerosi.

Di specifico interesse ai fini del nostro studio è anzitutto la erogazione di un contributo a fondo perduto<sup>105</sup> a favore di soggetti che hanno partita IVA attiva, ovvero che svolgono come attività prevalente quelle indicate nell’Allegato 1 del d. l. in esame; l’ammontare preciso di tale contributo è definito in modo proporzionale e per tipologie di soggetti<sup>106</sup>, e non può comunque essere superiore a 150.000 euro<sup>107</sup>.

Le imprese appartenenti della filiera agricola, alla pesca e all’acquacoltura sono destinatarie di ulteriori specifiche misure, e più precisamente di un contributo a

<sup>101</sup> Art. 38, comma 2 del d. l. 19 maggio 2020, n. 34.

<sup>102</sup> L’art. 1, comma 9, lettera f) del Dpcm citato, stabilisce che “sono sospese le attività di palestre, piscine, centri natatori, centri benessere, centri termali, fatta eccezione per quelli con presidio sanitario obbligatorio o che effettuino l’erogazione delle prestazioni rientranti nei livelli essenziali di assistenza, nonché centri culturali, centri sociali e centri ricreativi; ferma restando la sospensione delle attività di piscine e palestre, l’attività sportiva di base e l’attività motoria in genere svolte all’aperto presso centri e circoli sportivi, pubblici e privati, sono consentite nel rispetto delle norme di distanziamento sociale e senza alcun assembramento, in conformità con le linee guida emanate dall’Ufficio per lo sport, sentita la Federazione medico sportiva italiana (FMSI)”.

<sup>103</sup> L’art. 1, comma 9, lettera ee) del Dpcm citato prevede che “servizi di ristorazione (fra cui bar, pub, ristoranti, gelaterie, pasticcerie) sono consentite dalle ore 5.00 fino alle 18.00”, mentre dalle ore 18.00 alle ore 24.00 viene consentito il servizio di ristorazione con asporto.

<sup>104</sup> *Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19.*

<sup>105</sup> Art. 1 del d. l. 137 del 28 ottobre 2020.

<sup>106</sup> Si veda l’art. 1, commi 3, 4, 5, 6, 7 del d. l. 137 del 2020, nonché l’allegato 1 al d. l. in esame.

<sup>107</sup> Art. 1, comma 8 del d. l. 137 del 2020. L’articolo specifica che per i soggetti che hanno già beneficiato del contributo definito all’art. 25 del d. l. 34 del 2020, il contributo sarà erogato dall’Agenzia delle entrate (comma 5) e che l’ammontare del contributo viene determinato applicando una percentuale definita nell’allegato 1 de d. l. 137 con importi minimi di 1.000 euro per le persone fisiche e di 2.000 euro per i soggetti diversi dalle persone fisiche (comma 9).

fondo perduto, che verrà stabilito nel dettaglio con successivo decreto ministeriale<sup>108</sup>, e di un esonero dal versamento dei contributi previdenziali e assistenziali<sup>109</sup>.

Ulteriori disposizioni sono dedicate al settore sportivo, a favore del quale è istituito il “Fondo per il sostegno delle Associazioni Sportive Dilettantistiche e delle Società Sportive Dilettantistiche”, rivolto all’adozione di misure di sostegno e ripresa delle attività<sup>110</sup>, nonché ai lavoratori sportivi<sup>111</sup> che a causa dell’emergenza sanitaria Covid-19 abbiano cessato, ridotto o sospeso la loro attività<sup>112</sup>, ai quali è destinata un’indennità pari a 800 euro.

Anche il settore fieristico e l’export ricevono una specifica attenzione con alcune azioni di sostegno definite all’art. 6 del d. l. in esame e mirate, per il settore fieristico, ed incrementare i cofinanziamenti a fondo perduto già precedentemente concessi<sup>113</sup>, mentre con riferimento all’export viene aumentata la disponibilità del Fondo rotativo<sup>114</sup> del Mediocredito Centrale volto ad incentivare la concessione di finanziamenti a tasso agevolato.

<sup>108</sup> Art. 7 del d. l. 137 del 2020, comma 3 specifica che sia il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente dello Stato, Regioni e province autonome a definire “la platea dei beneficiari e i criteri per usufruire dei benefici. All’attuazione della misura provvede l’Agenzia delle Entrate, secondo le modalità previste dal medesimo decreto”.

<sup>109</sup> Art. 16, comma 1 del d. l. 137 del 2020 che riconosce lo stesso esonero anche ai produttori di vino e birra, nonché agli imprenditori agricoli professionali, ai coltivatori diretti, ai mezzadri ed ai coloni (comma 2).

<sup>110</sup> Art. 3 del d. l. 137 del 2020.

<sup>111</sup> L’art. 17, comma 1, del d. l. 137 del 2020 stabilisce che l’indennità è prevista in favore “dei lavoratori impiegati con rapporti di collaborazione presso il Comitato Olimpico Nazionale (CONI), il Comitato Italiano Paralimpico (CIP), le federazioni sportive nazionali, le discipline sportive associate, gli enti di promozione sportiva, riconosciuti dal Comitato Olimpico Nazionale (CONI) e dal Comitato Italiano Paralimpico (CIP), le società e associazioni sportive dilettantistiche, di cui all’articolo 67, comma 1, lettera m), del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917”.

<sup>112</sup> Pare opportuno precisare che l’art. 15 del d. l. 137 del 2020 prevede una indennità di 1.000 euro in favore di vari lavoratori, e cioè dei dipendenti stagionali del settore turismo e degli stabilimenti termali; dei lavoratori dipendenti stagionali appartenenti a settori diversi da quelli del turismo e degli stabilimenti termali che hanno cessato involontariamente il rapporto di lavoro nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2019 e la data di entrata in vigore del presente d. l. che abbiano svolto la prestazione lavorativa per almeno trenta giornate nel medesimo periodo; dei lavoratori intermittenti; dei lavoratori autonomi che nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2019 e la data di entrata in vigore del presente decreto siano stati titolari di contratti autonomi occasionali riconducibili alle disposizioni di cui all’articolo 2222 del codice civile e che non abbiano un contratto in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto; degli incaricati alle vendite a domicilio; dei lavoratori dipendenti a tempo determinato del settore del turismo e degli stabilimenti termali; dei lavoratori iscritti al Fondo pensioni lavoratori dello spettacolo.

<sup>113</sup> L’art. 72, comma 1, prevedeva l’istituzione di un “Fondo per la promozione integrata” volto all’internazionalizzazione del sistema Paese che in particolare stabiliva alla lettera d) la concessione di cofinanziamenti a fondo perduto fino al 50% dei finanziamenti concessi, tale fondo è ulteriormente incrementato di 200 milioni di euro per l’anno 2020 dal d. l. 137 del 2020.

<sup>114</sup> Art. 6, comma 1 del d. l. 137 del 2020 che incrementa il Fondo di 150 milioni.

A favore delle realtà imprenditoriali elencate nell'Allegato 1 del d. l. 137 del 2020, è stabilita all'art. 8 la proroga anche per i mesi di ottobre, novembre e dicembre del credito d'imposta già concesso con d. l. 34 del 2020 e ciò indipendentemente dal volume dei ricavi e dei compensi registrato nel periodo d'imposta precedente, mentre all'art. 9 è decretata la cancellazione della seconda rata IMU per gli immobili e le relative pertinenze di cui i proprietari siano anche gestori delle attività ivi esercitate<sup>115</sup>.

In via conclusiva pare opportuno sottolineare come l'attuale crisi di liquidità delle imprese di dimensione minore indotta dalla crisi economica dovuta al Covid-19 abbia determinato l'individuazione di strategie di finanziamento parzialmente diverse rispetto a quelle adottate in passato: se prima, infatti, *“l'autofinanziamento costituiva la fonte di finanziamento più diffusa (ricorrevano al flusso di cassa generato dalla gestione aziendale quasi tre quarti delle imprese), il calo di fatturato e i conseguenti problemi di liquidità ne hanno provocato una drastica riduzione come risorsa in risposta alla crisi (al 29,1% delle imprese)”*, si assiste oggi ad un maggiore *“ricorso al finanziamento esterno, in particolare al credito bancario (da 44,2% al 71,4%), al credito commerciale (da 16,8% a 40,9%) e a forme più evolute come obbligazioni e finanza innovativa (da 0,1% a 7,1%)”*<sup>116</sup>. A ciò deve aggiungersi anche che le diverse forme di sostegno concesse attraverso i provvedimenti sino ad ora analizzati rappresentano una ulteriore e diversa modalità di finanziamento dell'attività d'impresa realizzata non è solo in via diretta (concessione di contributi a fondo perduto), ma anche in via indiretta (diminuzione degli adempimenti contributivi).

<sup>115</sup> Art. 9, comma 1 del d. l. 137 del 2020.

<sup>116</sup> ISTAT, *Il finanziamento delle imprese nell'emergenza*, 14 luglio 2020, p. 1, che prosegue evidenziando come *“emergono tre tendenze di fondo: a) l'orientamento al sistema bancario da parte delle imprese che prima della crisi si basavano sul solo autofinanziamento; b) l'aumentato ricorso al capitale di terzi non bancario, specialmente da parte delle imprese dei servizi; c) l'articolazione del ventaglio di fonti di finanziamento non “sostanzioso” (credito commerciale, leasing/factoring) a cui si rivolgono in misura maggiore le imprese con vincoli di liquidità. Qui il sistema bancario, anche in considerazione delle misure di sostegno intraprese dal governo, e il credito commerciale (nello specifico: rinegoziazione dei contratti di locazione, modifica delle condizioni di pagamento verso fornitori e clienti) giocano un ruolo preminente”*.

#### 4. Nuove sfide per una regolamentazione giuridica dell'attività dell'impresa minore nel contesto dell'emergenza sanitaria Covid-19.

Il punto centrale dell'analisi diviene, in conclusione, la tematica dell'amministrazione dell'emergenza ovvero dell'amministrazione per emergenza<sup>117</sup>, che richiama l'esigenza posta in capo al pubblico potere di attuare una difficile contemperazione di interessi pubblici ed interessi di soggetti privati in un contesto, per l'appunto emergenziale; in un contesto di pandemia sanitaria *“le questioni nuove e le nuove sfide per la riflessione giuridica che tali eventi comportano sono parecchie: la «nuova» centralità della sovranità statale a fronte di un inesistente, alla prova dei fatti, sistema globale; i rapporti tra i poteri dello Stato; i rapporti tra Stato, regioni ed autonomia; il ruolo dell'Unione Europea; la gerarchia dei valori; la tutela dei diritti costituzionali dei cittadini; il sistema delle fonti”*<sup>118</sup>.

L'impatto della pandemia Covid-19 su imprese e famiglie, sulle libertà e sui diritti, è stato di fatto tale da sollecitare una nuova definizione del concetto di solidarietà

<sup>117</sup> La dottrina giuridica ha ampiamente analizzato la tematica dell'amministrazione dell'emergenza ovvero dell'amministrazione per emergenza, con richiamo all'emergenza sanitaria, *ex multis*, si rinvia a: U. Allegretti, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2020, n. 1; G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n.1; V. Baldini, *Prendere sul serio il diritto costituzionale anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Diritti fondamentali*, 2020, n. 1; 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 *AIC Osservatorio Costituzionale – Forum Covid-19*, 2020, n. 3; M. Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, in *AIC Osservatorio Costituzionale – Forum Covid-19*, 2020, n. 3; F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *AIC Osservatorio Costituzionale – Forum Covid-19*, 2020, n. 3; G. L. Conti, *La crisi dello Stato moderno e l'emergenza pandemica: appunti sul ruolo delle Camere nella lotta contro il coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, n. X; L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Presentazione*, in *Federalismi.it - Paper Osservatorio Emergenza Covid-19*, maggio 2020; S. Curreri, *Il Parlamento dell'emergenza*, in *AIC Osservatorio Costituzionale – Forum Covid-19*, 2020, n. 3; V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it - Paper Osservatorio Emergenza Covid-19*, maggio 2020; S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, maggio 2020; F. S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it - Paper Osservatorio Emergenza Covid-19*, marzo 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 – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, aprile 2020; F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *AIC Osservatorio Costituzionale – Forum Covid-19*, 2020, n. 3; M. Tresca, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *AIC Osservatorio Costituzionale – Forum Covid-19*, 2020, n. 3.

<sup>118</sup> S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, maggio 2020, p. 5.

economica, che sappia al contempo contemplare nuove istanze sociali ed economiche<sup>119</sup>.

L'intervento dei pubblici poteri nella definizione di un sostegno alle imprese, e quindi l'effettivo esercizio delle libertà di iniziativa economica, anche all'interno di un contesto di crisi economica dovuta al Covid-19<sup>120</sup>, viene ad inserirsi in un quadro giuridico più ampio di azioni rivolte alla società ed al mercato<sup>121</sup>, all'interno del quale è essenziale ricercare un equilibrio anche in funzione della allocazione delle risorse disponibili.

La particolare attenzione che viene riservata alle micro, piccole e medie imprese non è solo rinvenibile nella definizione degli interventi nazionali ma anche nel Regno Unito sono stati previsti specifici programmi d'intervento<sup>122</sup>. Il Programma

<sup>119</sup> Cfr. J. E. Stiglitz, *Popolo, potere e profitti. Un capitalismo progressista in un'epoca di malcontento*, Torino, 2020, che osserva che «le istituzioni politiche, come le istituzioni del mercato, sono complesse: hanno il potere di fare bene ma anche di fare male. Possono essere usate per ridistribuire verso l'alto, dai poveri e dalla classe media ai ricchi; possono essere usate per rafforzare, preservare ed esasperare i rapporti di potere esistenti; e possono esacerbare le ingiustizie sociali invece di alleviarle. Possono essere uno strumento di sfruttamento invece che rappresentare un modo per impedirlo. Costruire istituzioni pubbliche che rafforzino la probabilità che il governo sia una potente forza del bene è la sfida che le democrazie hanno affrontato fin dall'inizio». In tema si rinvia a N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990; A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2015; G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017.

<sup>120</sup> Sottolinea A. Algostino, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *AIC-Osservatorio Costituzionale*, 2020 n. 3, p. 117 ss., che «è indubbio che il lockdown impatti su libertà fondamentali, limitando diritti costituzionali, in primis, la libertà di circolazione (art. 16) e il diritto di riunione (art. 17), quindi, a cascata, anche alcune forme di manifestazione del pensiero (art. 21), di libertà di religione (art. 19), il diritto di sciopero (art. 40), il diritto-dovere al lavoro (art. 4), l'iniziativa economica privata (art. 41), il diritto di istruzione (artt. 33 e 34), la libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15). Il bilanciamento, ça va sans dire, è in senso lato, con il diritto – fondamentale (l'unico ad esser qualificato tale dalla Costituzione) – alla salute; senza dimenticare come la salute sia definita altresì un «interesse della collettività» (art. 32). Le limitazioni trovano quindi un fondamento espresso, quanto alla libertà di circolazione, nei «motivi di sanità o di sicurezza» (art. 16); quanto alla libertà di riunione, nei «comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica» (art. 17); e in relazione all'iniziativa economica privata nella previsione che essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41)».

<sup>121</sup> Analizza F. Galgano, *Art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 9, che allo Stato spetta «il compito di assicurare il funzionamento e lo sviluppo del sistema economico, insieme all'ulteriore compito di coordinare le esigenze dello sviluppo economico con quelle della giustizia sociale e del pieno sviluppo della persona».

<sup>122</sup> In senso più ampio si richiamano gli ulteriori Programmi del Regno Unito: «*Coronavirus Large Business Interruption Loan Scheme (CLBILS)*» rivolto ad imprese di medie e grandi dimensioni per accedere a prestiti o altri tipi di finanziamento fino a 200 milioni di sterline; il Programma «*COVID-19 Corporate Financing Facility (CCFF)*» rivolto ad imprese che danno un contributo sostanziale all'economia del Regno Unito; il programma «*Future Fund*» che fornisce prestiti convertibili dalle 125.000 sterline ai 5 milioni a società britanniche che «*rely on equity investment and are unable to access other government business support programmes because they are either pre-revenue or pre-profit*».

*Coronavirus Business Interruption Loan Scheme (CBILS)*<sup>123</sup> rappresenta il programma di aiuto per le imprese di dimensione minore<sup>124</sup> per accedere a prestiti ed altri tipi di finanziamenti, fino a 5 milioni di sterline, per i quali il Governo garantisce l'80% del finanziamento e si fa carico degli interessi e delle commissioni per i primi 12 mesi, affinché vi siano minori costi e minori rimborsi iniziali in capo alle imprese<sup>125</sup>.

L'ulteriore programma *Bounce Back Loan Scheme (BBL)* consente alle piccole imprese di accedere a finanziamenti per un ammontare tra le 2.000 sterline e fino al 25% del loro fatturato, per un importo massimo di 50.000 sterline, senza commissioni o interesse per i primi 12 mesi<sup>126</sup>, predisponendo quindi una diretta ed immediata modalità di aiuto all'impresa di dimensione minore.

In senso generale, pare quindi opportuno evidenziare che l'efficacia delle politiche pubbliche in presenza di situazioni emergenziali, o di crisi, presuppone peraltro *“la possibilità di coordinare i diversi strumenti della politica economica: la politica della concorrenza, la politica industriale, la politica fiscale e la politica”*, poiché *“qualsiasi politica non coordinata è destinata a essere una cattiva politica”*<sup>127</sup>; e *l'eccesso legislativo*<sup>128</sup> ha un impatto significativo sulle micro, piccole e medie imprese che da sempre rilevano maggiori difficoltà nell'adempimento degli obblighi amministrativi.

Pare in definitiva necessario osservare come le azioni poste in essere a livello nazionale per contrastare gli effetti economici e sociali della pandemia Covid-19 siano principalmente caratterizzate da politiche di natura monetaria e di bilancio, che *“hanno rapidamente reagito in senso espansivo; rispetto alle crisi precedenti”*, essendo contraddistinte *“sia dall'ampiezza eccezionale degli interventi, intrapresi o annunciati, sia dalla natura specifica dello shock, che richiede di imporre limiti alle attività di produzione e di consumo che rendono meno efficaci gli strumenti tradizionali di sostegno alla domanda. Oltre*

<sup>123</sup> Il CBILS prevede che possano beneficiare di tale agevolazione le imprese che: hanno sede nel Regno Unito, hanno un fatturato annuo non superiore a 45 milioni di sterline, hanno richiesto un prestito che sarebbe stato considerato se non fosse in atto la pandemia Covid-19; autocertificano che sono state colpite dagli effetti della pandemia, e non solo “imprese in difficoltà” secondo i criteri definiti dal Programma stesso.

<sup>124</sup> Il Programma specifica che non possono richiedere tale forma di aiuto *“banks, insurers and reinsurers (but not insurance brokers); public-sector bodies; state-funded primary and secondary schools”*.

<sup>125</sup> Il CBILS stabilisce agevolazioni alle condizioni di rimborso fino a condizioni di rimborso fino a sei anni, per i prestiti a termine ed i finanziamenti delle attività, e fino a tre anni per lo scoperto di conto ed il finanziamento delle fatture.

<sup>126</sup> Il Programma prevede che il tasso d'interesse dopo i primi 12 mesi sia del 2.5% annuo.

<sup>127</sup> J. P. Fitoussi, *La neolingua dell'economia, ovvero come dire a un malato che è in buona salute*, Torino, 2019, p. 57.

<sup>128</sup> Cfr. S. Cassese, *Il dovere di essere chiari*, Corriere della Sera, 24 marzo 2020, che osserva che *“l'eccesso legislativo è subito dalla burocrazia ma va imputato principalmente a chi adotta ogni giorno una procedura nuova che si aggiunge, senza mai sottrarre, a una precedente, a chi richiede un parere in più”*.

*a rafforzare i sistemi sanitari, le misure hanno ovunque mirato a sostenere i redditi delle famiglie e la liquidità delle imprese e a garantire condizioni ordinate sui mercati monetari e finanziari”<sup>129</sup>.*

Non va peraltro tralasciato il fatto che l’ammontare di liquidità erogato in questi mesi dispiegherà certamente un impatto significativo sull’indebitamento netto del Paese; in proposito la Banca d’Italia stima infatti che il d. l. 34 “*determina un aumento dell’indebitamento netto di circa 55 miliardi nel 2020 (3,3 per cento del PIL), quasi solo per maggiori spese (per il 2020 la principale misura sulle entrate riguarda lo sgravio dell’IRAP, 4 miliardi di minor gettito, per la quasi totalità delle imprese non finanziarie e dei lavoratori autonomi). Nel 2021 e nel 2022 il disavanzo viene accresciuto rispettivamente di 26,1 e 34,6 miliardi, per oltre tre quarti riconducibili alle minori entrate derivanti dalla cancellazione degli aumenti delle aliquote dell’IVA e delle accise previsti per i prossimi anni*”<sup>130</sup>.

In via conclusiva si rileva che il quadro generale degli interventi in favore della liquidità delle imprese di dimensione minore delineato dal Governo all’interno delle numerose disposizioni normative in precedenza analizzati mira a porre in essere misure che producano un effetto concreto, efficace e tempestivo nell’economia reale.

La sfida per il regolatore pubblico diviene, in definitiva, quella di individuare nuove forme di regolamentazione giuridica utili a superare l’attuale momento di crisi economica e sanitaria scongiurando una drastica e definitiva riduzione della presenza di imprese di dimensione minore sul mercato globale, europeo e nazionale.

Un primo tentativo di percorrere nuove strade per la regolamentazione giuridica delle attività economiche è rappresentato dagli *spazi di sperimentazione normativa*, o *regulatory sandboxes*, che, sebbene applicate principalmente ai mercati bancari e

<sup>129</sup> Relazione annuale di Banca d’Italia del 2019, p. 191; la stessa Relazione evidenzia che “*la risposta all’emergenza delle politiche economiche non ha potuto fare leva sulle tradizionali misure di sostegno alla domanda di consumo e di investimento; il disegno degli interventi ha dovuto tenere conto delle circostanze eccezionali in cui si sono trovati a operare i settori produttivi. In tutti i Paesi le politiche di bilancio e monetarie hanno rapidamente reagito in senso espansivo e con misure di dimensione eccezionale. La diversa entità degli interventi nei vari Paesi ha rispecchiato le differenze nelle condizioni economiche e finanziarie di partenza, nella profondità della crisi e nei margini di manovra disponibili. In generale le misure hanno ovunque mirato a rafforzare i sistemi sanitari, sostenere i redditi delle famiglie e la liquidità delle imprese e garantire condizioni ordinate sui mercati monetari e finanziari. Anche in Italia e a livello dell’Unione europea la politica economica si è articolata lungo queste direttrici, con interventi di ampia portata*” (p. 204).

<sup>130</sup> Memoria della Banca d’Italia, dell’8 giugno 2020 presentata alla Commissione V (Bilancio, Tesoro e programmazione) della Camera dei Deputati relativa alla “*Conversione in legge del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19*” (p. 2).

finanziari<sup>131</sup>, potrebbero permettere anche in relazione alle piccole e medie imprese di “testare dal vivo con le autorità di vigilanza e le autorità di regolamentazione soluzioni innovative non ancora previste”<sup>132</sup>, consentendo in questo modo al regolatore pubblico di attingere a preziose informazioni relative alle peculiarità di questa particolare tipologia d’impresa.

---

<sup>131</sup> A livello europeo si rinvia al recente Report dell’Autorità Bancaria Europea intitolato *FinTech: Regulatory sandboxes and innovation hubs*, del gennaio del 2019, ed a livello nazionale alle previsioni contenute nel d. l. 30 aprile 2019, n. 34, art. 36.

<sup>132</sup> COM (2020) 103, intitolata *Una strategia per le PMI per un’Europa sostenibile e digitale*.

# PRIME NOTAZIONI SUL D.LGS. 116 DEL 2020 SUI RIFIUTI E SULL'ECONOMIA CIRCOLARE.

**Alberto Pierobon**

**ABSTRACT** [ENG]: *The new legislation for the transposition of European directives (invoking the circular economy) on waste is addressed with a not only reconstructive approach. In particular, the issues of method and intersection among different disciplines are examined, looking at their effects on public services and tariffs. All this leads to a review of the regulatory choices which affects not so much facts, but subjects, objects, actions / processes, values and visions involved in the new discipline and in the circular economy.*

**ABSTRACT** [ITA]- Il contributo affronta, con approccio non solo ricostruttivo, la nuova disciplina di recepimento delle direttive europee (invocanti l'economia circolare) in materia di rifiuti. In particolare, vengono sviscerate le questioni di metodo e di intersezione tra diverse discipline, guardando ai loro effetti sui servizi pubblici e sulle tariffe. Il tutto porta a rivedere le scelte normative che toccano non tanto i fatti, quanto soggetti, oggetti, azioni/processi, valori e visioni implicati nella nuova disciplina e nell'economia circolare.

**SOMMARIO:** **1.** Tra prima e dopo; tra vuoti e pieni: un ponte? – **2.** E' solo un cambio concettuale? – **3.** Tra volontà e incoerenze, se non cortocircuiti normativi. – **4.** Esempi ed effetti: assimilazione (similarità), servizi pubblici e tariffe. – **5.** Prime valutazioni (rinvio).

## 1. Tra prima e dopo; tra vuoti e pieni: un ponte?

Il d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116 è uno dei quattro decreti legislativi di recepimento delle quattro direttive europee in materia<sup>1</sup>, sicuramente quello che incide *funditus* sulla parte quarta del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152<sup>2</sup>.

Nel nuovo approccio, evocando l'economia circolare, si guarda anche al "prima" dei rifiuti, quando si progettano e si producono dei beni/prodotti che successivamente vengono collocati nel circuito del mercato (per consumo, per utilizzo in altri processi produttivi) diventando, in vario modo e in diverse tipologie, dei rifiuti. Rifiuti che - in altro modo, con un processo tecnico-amministrativo - vanno riciclati/recuperati (quanto non anche riutilizzati, ridotti, etc.) nei loro materiali costitutivi per poi tornare ad essere utilizzati come (incorporati nei) prodotti.

Da un pieno di risorse p.c.d. "incapsulate" nel processo produttivo e quindi nel bene/prodotto si perviene ad un diverso pieno dei materiali riciclati/recuperati che poi, in toto o parzialmente, tornano al pieno progettato in origine, appunto, per la produzione di beni/prodotti.

Occorre, nella logica economica, contabilizzare questa presenza/assenza di materiali nei rifiuti e nei prodotti, per capire il processo di effettivo riciclaggio.

Un pieno teorico e pratico che, nella sua intenzione, richiama il vuoto che prima esisteva (anche nella norma positiva) tra i due concetti di prodotto e di rifiuto che viene ora così riempito, nel principio (astratto) della economia circolare. Parodiando una barzelletta ove un operatore alla richiesta di acquistare un prodotto riciclato dal rifiuto rispondeva "Spiacente, abbiamo finito il prodotto, abbiamo solo il rifiuto. Posso darle un rifiuto senza prodotto?" Ed è così che sapidamente si capisce che non si tratta della stessa cosa, proprio perché la negazione è diversa<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> D.lgs. emanati sempre in data 3 settembre 2020 e sono: n. 117 "Attuazione dell'articolo 1 della direttiva (UE) 2018/849, che modifica la direttiva 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso"; n. 118 "Attuazione degli articoli 2 e 3 della direttiva (UE) 2018/849, che modificano le direttive 2006/66/CE relative a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche"; n. 121 "Attuazione della direttiva (UE) 2018/850, che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti".

<sup>2</sup> Infatti interviene assai sul d.lgs. n. 152, fors'anche andando oltre quanto dettato dalle direttive UE 2018/851 (che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti) e 2018/852 (che modifica la direttiva 1994/62/CE relativa agli imballaggi).

<sup>3</sup> Suggestionati da A.BADIOU-S.ŽIŽEK, *Hegel o l'immanenza delle verità*, Milano, 2017, pag.42 ove successivamente viene precisato "Dov'è il Reale qui? Freud stesso lo aveva già notato: la parola inglese per 'sans' è 'without' che significa letteralmente 'con il senza' che è la relazione dialettica immanente, dove (dialetticamente) 'il senza' fa parte dell'identità della cosa. La sola soluzione è qui dire il motivo". Aggiungiamo noi il: motivo per il quale si aggiunge qualcosa al prodotto, perché il prodotto qui 'è senza' il rifiuto. Insomma, a noi pare, che si desideri - nel pensiero e nell'ideologia, come pure nel voluto della norma - che con l'economia circolare si riporti il rifiuto al prodotto, in una sorta di eterno ritorno, evitando la continua estrazione di risorse naturali, sì da soddisfare le esigenze ambientali, tacitando le paure di (sempre imminenti) catastrofi.

In questo nuovo processo cambiano anche i soggetti coinvolti nella “governance” della c.d. gestione *lato sensu* dei rifiuti, prevedendosi altri meccanismi di intervento e di responsabilizzazione, ad esempio, in capo al soggetto produttore dei prodotti, col principio di capacità finanziaria di contribuzione al riutilizzo e riciclo dei rifiuti (fermo restando, prima, la prevenzione e la riduzione).

Permane ovviamente la distinzione, che è una differenza - pur nel “ponte” che si instaura con l’economia circolare -tra prodotto e rifiuto, poiché la disciplina sui rifiuti esige rigosità e responsabilità sotto più profili.

## 2. È solo un cambio concettuale?

Quel che d’abbrivio interessa è il tentativo di cambio concettuale<sup>4</sup>, anche nelle sue ricadute attuali e future, che si vuole - in un modo ancora da perfezionare e da affinare - introdurre col pretesto della economia circolare, la quale però non può, evidentemente, assurgere a verità assoluta, quasi fosse una... teologia!

Viene soventemente trascurato che quel che rileva e assume valore (anche metodologico) sono le relazioni tra le cose, tra le persone e tra le cose e le persone, proprio perché le relazioni portano ad altro, non più all’oggetto per sé stesso.

Contano infatti i processi, più che i fatti che sono il portato, appunto, dei processi.

Il mondo giuridico, coi suoi organi così come individuati e competenti, tramite le procedure e il voluto<sup>5</sup> interviene disciplinando, perlopiù tramite definizioni e previsioni<sup>6</sup>, individuando (se non costituendo, producendo) i soggetti; gli oggetti<sup>7</sup>; le

<sup>4</sup> Ricordiamo che, tra altri metodi, quello “concettuale determina (...) l’oblio dell’oggetto, cioè la dimenticanza che il sapere giuridico è sapere circa il contenuto di norme, e che queste non sono nella disponibilità degli studiosi, ma di volontà capaci di emanarle e di esigerne esecuzione (...) Il valere del diritto è nel volere della procedura (...) capace di attraversare i canali delle procedure (nomodotti) e di calarsi nelle forme della posizione giuridica. Queste forme e procedure sono l’effettiva posta nella lotta fra partiti politici e fra gruppi economici. Chi le conquista e manovra, è signore del diritto, e vi esprime la propria volontà di potenza” così N.IRTI, *Il salvagente della forma*, Bari-Roma, 2007, pag. 6 e 9.

<sup>5</sup> Come osservava G. GENTILE “il diritto può ben dirsi la natura nel mondo della volontà” che si può intendere come “il diritto ‘naturizza’ la volontà, e la calcola e manipola come un ente del mondo esterno”, si veda N.IRTI, *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli, 2007, pag. 17.

<sup>6</sup> Peraltro, “tra norma e fatto non c’è alcun rapporto di causalità” (...) “il significato giuridico non sta dentro il fatto, ma è ricevuto dal fatto, il quale se lo vede attribuire da una coscienza normativa” così N. IRTI, *Significato giuridico dell’effettività*, Napoli, 2009, pagg. 24 e 27. “Soltanto l’uscita verso un immutabile e fermo fondamento sarebbe in grado di rompere la positività del diritto. La quantità di consenso, raccolta da una proposta in danno di altre, non è misura di verità: essa calcola le verità deliberanti, e soddisfa soltanto il meccanismo generatore di norme. E perciò anche si disse che il valere per il diritto coincide con il volere dominante nelle procedure dei singoli regimi. Il valore della norma è nella sua propria adeguatezza procedurale” anche qui N.IRTI, in N.IRTI-E.SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari-Roma, 2001, pagg. 44-45.

<sup>7</sup> Per una, invero impegnativa, lettura deleuziana: “tra il campo trascendentale e la coscienza c’è solo un rapporto di diritto. La coscienza diventa un fatto solo se un soggetto si produce simultaneamente al suo oggetto, entrambi fuori campo e come fossero ‘trascendenti’: Al contrario (...) essa si manifesta solo riflettendosi su un soggetto che la rinvia a degli oggetti (...) per cui in mancanza di coscienza il campo trascendentale si caratterizza come un puro

azioni e relazioni; i quali elementi combinati tra loro possono meglio illuminare questo teatro di soggetti, oggetti e loro processi, addirittura portando ad altro, come avviene (ad esempio) nel mondo dell'arte<sup>8</sup>.

Ad esempio, le attività preliminari (dopo la raccolta e il trasporto) di riparazione/preparazione<sup>9</sup> per il riutilizzo<sup>10</sup> e per il riciclaggio, svolte da certuni soggetti, possono far diventare l'oggetto (rifiuto) funzionale al nuovo prodotto o come materiale che ritorna al circuito produttivo: eccoci al "divenire" delle cose (da rifiuto a prodotto, da prodotto a rifiuto) che si compiono coi processi (azioni) di taluni soggetti che, appunto, si caratterizzano/qualificano a seconda delle relazioni che instaurano tra essi, tra essi e le cose, tra le cose e cose.

Invece, concretamente parlando, ove il prodotto - per proprie limitazioni costruttive e/o per propria composizione di elementi chimico-fisici - sia impossibilitato a "divenire", non si arriva (nonostante i soggetti e le azioni intraprese) al "divenuto" voluto dalla legge che pensa all'economia circolare quale principio trascendente.

Manca, ma qui entriamo nella dimensione della tecnica e dell'organizzazione - fuori dalle teoriche giuridiche<sup>11</sup> - una minuziosa attenzione alla specificità e alla singolarità delle varie cose. Non si può infatti pensare che (utilizzando una terminologia bergsoniana-hegeliana) il Molteplice si riporti ad Uno con la economia circolare, imponendosi (per norma che tradisce un desiderio oltre la sua cogenza) una organizzazione di *governance* e gestionale che funziona da base ontologica dei prodotti/rifiuti.

Quindi non esiste, se non forse per le anime belle, una irenica economia circolare, perché in questo contesto e momento storico, rimangono da gestire come rifiuti quelli che non sono - da questo punto di vista (a tacere delle problematiche di ricalibrazione del sistema nel complesso) - riciclabili e non recuperabili, quantomeno per la parte degli "scarti".

Siamo alla pluralità del reale (qualitativa) non ad una pluralità di ordine (numerica e quantitativa) che porta a una pluralità di organizzazione che il legislatore non sa e non può concepire, perché - volendo azzardarci nel campo della filosofia del diritto - si rifà alla concezione hegeliana di Stato come unità dell'Uno e

---

piano di immanenza, in quanto si sottrarre a ogni trascendenza" G.DELEUZE, *Immanenza*, Milano-Udine, 2010, pag.8.

<sup>8</sup> Cfr. F.GALGANI, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Bologna, 2009.

<sup>9</sup> Cfr. art. 178 *ter*, comma 1, lett. a); art. 181; art. 183, comma 1, lett. *tbis*), etc.

<sup>10</sup> Cfr. art. 178 *bis*; art. 217, comma 1; art. 218, comma 1, lett. e); art. 219, commi 2 e 3, lett. c), punto 2; art. 219 *bis* commi 1 e 2.

<sup>11</sup> Si veda il capitolo "*Norme tecniche tra politiche pubbliche e interessi particolari*" in AA.VV., *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte*, Napoli, 2009, nonché (a cura di A.PIEROBON) "*Nuovo manuale di diritto e gestione dell'ambiente. Analisi giuridica, economica, tecnica e organizzativa*", Santarcangelo di Romagna, 2012.

del Molteplice.

È l'attuale sistema produttivo/consumistico che nella sua tecnologia e logica, sforna beni/prodotti/rifiuti che non sono "naturalmente" riciclabili come invece presuppone l'economia circolare. Si potrà intervenire, nel tempo, per cambiare questo? Auspicabilmente in una visione economica non più estrattiva di risorse, bensì generativa (anche di secondo livello: dal rifiuto al prodotto)?

Per l'istante, siamo all'umano dei comportamenti e del voluto che cerca di pacificarsi con l'inumano degli artefatti e della tecnologia, cercando una soluzione che metta in pace le coscienze.

Torniamo alla distinzione che pone la questione della diversità.

Giuridicamente il prodotto è diverso dal rifiuto, e pure il rifiuto non è il "non rifiuto" (*end of waste*: art. 184 *ter*) e, ancora, il rifiuto non è il sottoprodotto (art. 184 *bis*), come pure non lo sono tutte le sostanze o materie che sono escluse dalla definizione di rifiuto (art. 185).

Esistono i rifiuti nelle affermazioni, negazioni, opposizioni, limitazioni, esclusioni, definizioni, ma si procede ad ordinarli (per definizione) in rifiuto urbano (RU) e nel ricorrere della consueta dualità, di rifiuto speciale (RS)<sup>12</sup>.

Nello sfondo, si conferma quel vuoto o indistinzione tra prodotto e rifiuto che nell'illusione del pieno, ma forse non solo (*horror vacui?*), si cerca, appunto, di riempire.

Giova riandare all'icastico termine di "percolamento"<sup>13</sup>, per il quale i rifiuti passano e non passano al mondo dei prodotti, tramite le operazioni di preparazione al riutilizzo/riciclaggio.

Il servizio pubblico locale, il mercato ed i loro proventi (TARI/TP e corrispettivo/prezzo), nonché i soggetti, nelle loro attività gestiscono materiali/oggetti che possono rimanere, o non, nel mondo dei rifiuti. Quindi, nonostante la economia circolare, abbiamo il mondo dei rifiuti e il mondo dei

<sup>12</sup> Ossia: *a*) i rifiuti prodotti nell'ambito delle attività agricole, agro-industriali e della silvicoltura, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2135 del c.c. (impresa agricola) e della pesca; *b*) i rifiuti prodotti dalle attività di costruzione e demolizione, nonché i rifiuti che derivano dalle attività di scavo, fermo restando quanto disposto dall'art. 184 *bis*; *c*) i rifiuti prodotti nell'ambito delle lavorazioni industriali se diversi da quelli di cui al comma 2; *d*) i rifiuti prodotti nell'ambito delle lavorazioni artigianali se diversi da quelli di cui al comma 2; *e*) i rifiuti prodotti nell'ambito delle attività commerciali se diversi da quelli di cui al comma 2; *f*) i rifiuti prodotti nell'ambito delle attività di servizio se diversi da quelli di cui al comma 2; *g*) i rifiuti derivanti all'attività di recupero e smaltimento dei rifiuti, i fanghi prodotti dalla potabilizzazione e da altri trattamenti delle acque e dalla depurazione delle acque reflue, nonché i rifiuti da abbattimento di fumi, dalle fosse settiche e dalle reti fognarie; *h*) i rifiuti derivanti da attività sanitarie se diversi da quelli all'art. 183, comma 1, lett. *bter*; *i*) i veicoli fuori uso.

<sup>13</sup> È un termine riferito al tempo dal francese *passoire*, che equivale all'italiano "passabrodo", "colabrodo", "colapasta", ma il lessema francese non è composto come in italiano, essendo il verbo "*passer*" (passare) unito al suffisso "*oire*", che serve appunto a formare nomi di strumenti. Di qui il "percolare" con significato di "che passa e non passa", in proposito vedasi le argute osservazioni di M. SERRES, *Chiarimenti. Cinque conversazioni con Bruno Latour*, Manduria (TA), 2001, pagg. 65-66.

prodotti? Ma non viviamo ed operiamo in un unico mondo reale? Ecco, di nuovo, che vanno riportati a coerenza il livello sociale, operativo, giuridico, tecnico. In ciò è bastevole il solo voluto legislativo?<sup>14</sup>

### **3. Tra volontà e incoerenze, se non cortocircuiti normativi.**

La responsabilità estesa del produttore (REP) si trova (tra altro) nell'art. 178 *bis*; nei requisiti minimi di cui all'art. 178 *ter*, fermo restando la responsabilità della gestione dei rifiuti dell'art. 188<sup>15</sup> e i criteri di priorità nella gestione dei rifiuti dell'art. 179, e, prima ancora, nel campo di applicazione e nelle finalità di cui all'art. 177 del d.lgs. n.152 del 2006.

L'art. 183, comma 1, lett. *gbis*, definisce (altresì richiamando obiettivi, responsabilità, costi e adempimenti) il regime di REP come "le misure volte ad assicurare che ai produttori di prodotti spetti la responsabilità finanziaria o la responsabilità finanziaria e organizzativa della gestione della fase del ciclo di vita in cui il prodotto diventa un rifiuto".

Inoltre, per i "Criteri direttivi dei sistemi di gestione" (art. 237, comma 3) i produttori del prodotto (PdP), dispongono dei mezzi finanziari e organizzativi della gestione del ciclo di vita in cui il prodotto diventa rifiuto; tale responsabilità finanziaria riguarda determinati servizi (raccolta, trasporto e operazioni preliminari cit.) e viene limitata ai costi necessari (CN) di tali servizi che sono determinati in modo trasparente tra gli attori interessati, inclusi i PdP, i sistemi collettivi che operano per loro conto e le autorità pubbliche.

Proprio a tal fine, si determina il contributo ambientale (vedi il comma 4), per tipologia, per unità o per peso del prodotto immesso sul mercato nazionale, assicurando la copertura dei costi di gestione del rifiuto generato dal prodotto, in conformità ai principi di cui all'art. 178, sempre al netto degli introiti ricavabili dal riutilizzo, dalla vendita delle materie prime ottenute dal prodotto, nonché da eventuali cauzioni di deposito non reclamate.

Rimangono gli obiettivi (art. 181, comma 4) imponendo alle autorità competenti di adottare le misure acciò necessarie<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> È drammatico che molti dei cosiddetti esperti o consulenti operanti nel mondo dei rifiuti, con l'intento di (o strategia del) semplificare la lettura della complessità tecnico-organizzativa-economica e giuridica rendano ancora più difficile uscire dai vicoli ciechi della mera interpretazione sillogistica od aggrappata a una giurisprudenza degli interessi. Siamo al deserto dove i miraggi non hanno la potenza delle nuove idee. Si morirà di sete e di fame senza coraggiose soluzioni. Da tempo cerchiamo maestri che siano anche capimaestri.

<sup>15</sup> Per la definizione di "gestione dei rifiuti" si veda l'art. 183, comma 1, lett. *n*).

<sup>16</sup> Occorre raggiungere: *a*) entro il 2020: preparazione per il riutilizzo e il riciclaggio di rifiuti (PXRR) quali carta, metalli, plastica e vetro da utenza domestica e possibilmente di altra origine, nella misura in cui tali flussi di rifiuti sono simili a quelli domestici, sarà complessivamente aumentata, almeno al 50 per cento in termini di

E, i RU resi quantitativamente pingui dalle definizioni e dall'espungimento dell'assimilazione, trovano sponda anche negli obiettivi, rilevando *ex art. 183, comma 1, lett. b quinquies*), "la definizione di rifiuti urbani di cui alla lettera *b ter*) (che n.d.r) segnatamente per gli obiettivi di preparazione per il riutilizzo e riciclaggio nonché per le relative norme di calcolo, non pregiudicando la ripartizione delle responsabilità in materia di gestione dei rifiuti tra gli attori pubblici e privati". Gli obiettivi *ex art. 205, commi 1, 2 e 3* (cfr. anche l'art. 220) sono misurati col peso dei RU effettivamente trattato, non solo pesato ai "cancelli" degli impianti<sup>17</sup>.

Donde nuovi interventi dal punto di vista di indirizzo concreto ed operativi, oltre che di *governance*, perché gli Enti di ambito (Egato) o, laddove non costituiti o non funzionanti, gli enti territorialmente competenti (ETC), quindi sostanzialmente i Comuni singoli o associati, dovranno attivarsi.

#### **4. Esempi ed effetti: assimilazione (similarità), servizi pubblici e tariffe.**

E' quindi venuto meno l'istituto/potestà dell'assimilazione, grazie al quale si operava in un meccanismo freno/acceleratore sia sul SS.PP.LL, sia sulla tariffa, ora gran parte degli ex rifiuti assimilati (ma non solo) - poiché il rifiuto simile diventa anfibologico - passano *ope legis* ai RU potenziati assai dalla nuova definizione (art. 183, comma 1, lett. *b ter*) peraltro non senza talune ambiguità (cfr. art. 184, comma 1, lett. da *c*) ad *f*), nel pertugio del "se diversi da quelli di cui al comma 2") come pure dalla "sottrazione" operata (per scelta legislativa) con le esclusioni, e, altresì, con la formazione di quella cosiddetta "zona grigia" che emerge dagli incroci normativi (es. con gli artt. 183-184) ma soprattutto dagli ermafroditismi, la cui sintomaticità è già stata disaminata circa il flusso dei rifiuti codice EER 191212, che può essere, caso per caso, (di cui alla metodica ISPRA), qualificato RU o RS, donde quel dualismo RU e RS, che appunto porta a ibridazioni o confusioni<sup>18</sup>.

Ora il rifiuto assimilato giuridicamente è sparito<sup>19</sup>, ma la "similarità" (derivante

---

peso; *b*) entro il 2020: PXRR e altri tipi di recupero di materiale, incluse operazioni di riempimento che utilizzano i rifiuti in sostituzione di altri materiali, di rifiuti da costruzione e demolizione non pericolosi, escluso il materiale allo stato naturale definito alla voce 170504 dell'elenco rifiuti sarà aumentata almeno al 70 per cento in termini di peso; *c*) entro il 2025: la PXRR dei RU che saranno aumentati almeno al 55 per cento in termini di peso; *d*) entro il 2030 la PXRR dei RU che saranno aumentati almeno al 60 per cento in peso; *e*) entro il 2035 la PXRR dei RU che saranno aumentati almeno al 65 per cento in peso.

<sup>17</sup> A. PIEROBON, *Oltre l'apparenza della gestione: pensiamo al concreto*, in *Azienditalia*, n. 5/2017; ID, *Controlli e monitoraggi dei Comuni verso gli appaltatori di un servizio*, *ivi*, n. 6/2018.

<sup>18</sup> G. ANGELUCCI-A. PIEROBON, *Rifiuti ed emergenza sanitaria: gestione finanziaria e riflessi sulla tariffazione (rifiuti nel periodo coronavirus flussi degli urbani indifferenziati, dei sanitari, degli speciali, tutte le problematiche e le soluzioni*, Milano, 2020.

<sup>19</sup> Infatti è venuta meno la dichiarazione di assimilazione e quindi è sparito giuridicamente il rifiuto assimilabile

dalla direttiva europea) fa restare questo oggetto nel mondo dei rifiuti pubblici<sup>20</sup>, talchè aumenta la possenza dei soggetti pubblici (*utilities*) nella gestione dei rifiuti, cosiccome aumenta il perimetro del servizio pubblico (che beneficia del regime della privativa estesa a questi oggetti che poi portano a soggetti e processi/azioni), e altresì il gettito dei proventi TARI/TP (grazie ad una ampliata platea di UND; delle superfici amministrate, etc.).

Si pensi poi alle conseguenze in termini di servizi da apprestare/erogare.

Se questi rifiuti urbani (RU+similari da RS) possono (o non) essere conferiti in impianti di recupero direttamente da parte dei soggetti cui le UND produttrici hanno affidato la loro gestione, a fronte di una riduzione della parte variabile della tariffa.

Se i rifiuti simili (nel loro *plus* quantitativo) sono indifferenziati si applica la privativa per tutte le fasi del servizio, ovvero dalla raccolta allo smaltimento (operazioni di cui all'allegato "D" alla parte Quarta del d.lgs. n.152).

Se i rifiuti simili sono differenziati, laddove gestiti dal SS.PP.LL., essi affluiscono agli impianti (intermedi e/o finali) già affidatari della gestione c.d. "comune" (RU ed ex RA).

Ove questi rifiuti simili (RU ex RS) siano detenuti da altri soggetti (ipotesi di cui sopra) possono venire conferiti nei predetti impianti "comuni", considerato che sono, appunto, "similari" (quindi RU) e che vengono conferiti per il recupero (fuori privativa, con riduzione tariffaria)?

Questi ultimi flussi di rifiuti fuoriuscendo dal flusso gestito dal SS.PP.LL. (peraltro amministrato e tracciato in modo diverso) possono - ove consentito dai soggetti preposti - accedere agli impianti di RU, ma distinti, alla stregua dei rifiuti "privati", quindi a tariffazione diversa ("tariffa a cancello"), ancorchè trattasi di rifiuti che sono urbani per definizione, peraltro "uguali" (*rectius*, "similari") tra loro.

Tanto risulta anche dalla metodica della tariffa, salvo che l'Arera decida di tenere distinti gli impianti pubblici (con tariffe non solo a cancello) da quelli privati. Tutto ciò conferma la contraddizione incistata nella categoria dei RU, ove coesistono rifiuti che poi seguono destini diversi pur se considerati uguali e, addirittura, con lo stesso codice EER.

Ognun poi si avvede, delle diverse conseguenze per i soggetti pubblici e privati in

e assimilato. In proposito si vedano: l'art. 198, comma 2, lett. g); l'art. 195, comma 2, lett. e); la soppressione di tutti i termini riguardanti gli assimilati nell'art. 198, commi 1 e 2, nonché nell'art. 205, comma 3 *quater*. Per errore sono rimasti i termini «assimilati» nell'art. 189, comma 5; nell'art. 193, comma 7 e nell'art. 258, comma 7.

<sup>20</sup> Art. 183, comma 1, lett. *bter*), punto 2. Si tratta dei rifiuti differenziati provenienti da altre fonti simili per natura e composizione che, appunto, sono considerati "simili" per natura e composizione ai rifiuti domestici indicati nell'allegato L-*quater* prodotti dalle attività di cui all'allegato L-*quinquies*, escludendosi le attività di cui alle imprese agricole (art. 2135 c.c.). Si veda altresì la formulazione residuale per cui le "Attività non elencate, ma ad esse simili per loro natura e per tipologia di rifiuti prodotti, si considerano comprese nel punto a cui sono analoghe".

questi scenari.

I soggetti pubblici, ove intendano saturare la loro capacità impiantistica (se non ampliarla grazie alla più generosa attrazione di rifiuti extra privata) potranno trarne indubbi benefici, mentre per gli impianti privati occorrerà valutare, di volta in volta, tutta una serie di fattori. Ad esempio, i produttori (UND) dei rifiuti simili che decidono di avviare al recupero i propri rifiuti “simili” e quindi fuori privata, avvalendosi di un loro gestore/appaltatore, dovranno effettuare un bilancio di convenienza (anche sotto il profilo delle responsabilità discendenti dalle diverse scelte), considerando, oltre ai propri costi amministrativi e generali, la parte fissa della tariffa che si applica indipendentemente dal conferimento dei rifiuti al SS.PP.LL. (*uti cives*), la riduzione della parte variabile della tariffa (*uti singuli*), e gli altri costi (al netto di eventuali ricavi) riconosciuti ai predetti gestori cui affidano i loro rifiuti.

## 5. Prime valutazioni (rinvio).

La valutazione critica di fondo è che lo approccio giuridico resta astratto, dividendo anziché pensando il particolare in rapporto con la situazione complessiva (l’universale)<sup>21</sup>, tutto ciò peraltro al di là di un vero legame sociale, poiché (anche nel SS.PP.LL.) si guarda allo scambio bilaterale tra la sola UND e il gestore del SS.PP.LL., definendo il rapporto *de quo* con un atto dal sapore “autoritativo” di quest’ultimo.

Ancora una volta, è indubbio che da parte dei soggetti pubblici si cercherà, in queste p.c.d. “caselle” piene e vuote, di “pescare” maggiori somme da introitare, facendo funzionare la parte fissa della tariffa (che diventa una sorta di tributo), per cui veramente non si comprende (nonostante gli espedienti da sacerdoti del diritto) la posizione di chi afferma la natura privatistica della tariffa rifiuti<sup>22</sup>.

Peraltro, come accennato, ove il produttore dei rifiuti (UND) intenda conferire gli stessi fuori privata (per il recupero/riciclaggio di prossimità, nel correlato principio della libera circolazione: cfr. artt. 198, comma 2 *bis* e 181, comma 5), pensando alla riduzione tariffaria (della sola parte variabile), il medesimo produttore dovrà stipulare con un appaltatore privato un contratto di almeno cinque anni, oppure rivolgersi al servizio pubblico locale (art. 238, comma 10)<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. C.PREVE, *Hegel antiutilitarista*, Roma, 2007, pag.12.

<sup>22</sup> *Contra*, A.PIEROBON, *Natura privatistica della tariffa rifiuti? Accendere i ceri non è come celebrare la messa*, in *Azienditalia*, nn. 8-9/2020.

<sup>23</sup> Per il quale le UND che producono rifiuti urbani [di cui art. 183, comma 1, lett. *bter*), punto 2: cioè con rifiuti indifferenziati e raccolta differenziata dell’attuale assimilazione *ope legis*], conferendoli fuori del servizio pubblico e dimostrando di averli avviati al recupero mediante attestazione rilasciata dal soggetto che effettua l’attività di recupero, sono escluse dalla corresponsione della componente tariffaria rapportata alla quantità dei

E, la REP (col dianzi cennato principio di capacità di finanziamento del PdP) finanziaria, creando un ricavo (che non si capisce ancora se sostituirà i cc.dd. “costi differenziali” del sistema Conai di cui ai corrispettivi per la cessione dei rifiuti di imballaggi) al sistema tariffario del servizio pubblico, relativo ai costi di raccolta e trasporto e alle operazioni di preparazione di cui si è detto. Si tratta di somme che non possono essere inferiori all’80 per cento dei costi necessari “CN” riferiti ai prefati servizi, che vengono quantificati col criterio dei costi efficienti “CE” di cui al metodo tariffario ARERA. Ma, anche qui si rischiano cortocircuiti se non si ricompone in modo coerente l’intera disciplina<sup>24</sup>.

Un problema si merita la soluzione per come esso viene posto. Siccome il problema non viene posto dal nulla, si tratta di analizzare (se non di stabilire) le differenze, piuttosto che restaurare una astratta unità.

Serve quindi maggiore concretezza e nuove ispirazioni, recuperando una visione politica, superando la mera amministrazione tecno-burocratica, ponendosi fuori dalla genia degli incantati<sup>25</sup>.

---

rifiuti conferiti (appunto la “quota variabile”). Come notato le UND scelgono di servirsi del gestore pubblico o di ricorrere al mercato per un periodo non inferiore a 5 anni, salva la possibilità per il gestore del SS.PP.LL., dietro richiesta dell’UND, di riprendere l’erogazione del servizio anche prima della predetta scadenza quinquennale. La preferenza per il SS.PP.LL. (non senza creare, ognun se ne avvede, distorsione al mercato) pare chiara, anzi netta. Siamo con Bartleby: “*I would prefer not to*”.

<sup>24</sup> Cfr. A. PIEROBON, *L’ARERA e il metodo tariffario rifiuti*, in *Azienditalia*, n. 1/2020; ID, *Siamo all’avvento (o alla vigilia?) del nuovo metodo tariffario dei rifiuti (ARERA)?*, in *L’Ufficio Tecnico*, n. 1-2/2020; ID, *Il metodo tariffario Arera tra ottime intenzioni e (non poche) difficoltà. Una prima illustrazione*, in *Bollettino Rifiuti*, n. 7/2020; ID, *Rifiuti in periodo COVID-19: le contraddizioni che insegnano... (classificazioni, qualificazioni, servizi pubblici, proventi, ecc.)*, in *L’Ufficio Tecnico*, n. 9/2020.

<sup>25</sup> Si veda M. CACCIARI, *Il lavoro spirituale*, Milano, 2020, pag.95 e quanto notato in A. PIEROBON, *Le riduzioni della tariffa rifiuti in periodo Covid-19: solo cavalleria finanziaria?*, in *L’Ufficio Tecnico*, nn. 7-8/2020.

## DEMOCRAZIA E SICUREZZA. PRECAUZIONE E VERITÀ.

**Simone Budelli\***

**ABSTRACT** [ITA]: La molteplicità delle emergenze globali cui è potenzialmente esposta la comunità, il diffondersi della paura e la strumentalizzazione della stessa, l'incertezza legata alla valutazione dell'effettiva esistenza di tali minacce e alle modalità più idonee a farvi fronte, sono i presupposti per un'ampia applicazione dei principi di prevenzione e precauzione. La ragionevolezza è la bussola che deve guidare i decisori, ma una rinnovata cultura della conoscenza costituisce la precondizione fondamentale per la sopravvivenza delle democrazie digitali.

**ABSTRACT** [ENG]: The multiplicity of global emergencies to which the community is potentially exposed, the spread of fear and its exploitation, the uncertainty linked to the assessment of the actual existence of such threats and the most suitable ways to deal with them, are the prerequisites for a wide application of the principles of prevention and precaution. Reasonableness is the compass that must guide decision makers, but a renewed culture of knowledge is the fundamental precondition for the survival of digital democracies.

**SOMMARIO:** **1.** Il transumanesimo e il peccato originale. – **2.** "Fobocrazia". – **3.** Il globale: dimensione sistemica complessa. – **4.** Fra libertà e sicurezza: la crisi della sovranità statale. – **5.** Democrazia e scienza. – **6.** Incertezza scientifica e precauzione. – **7.** La ragionevolezza precauzionale nella giurisprudenza. – **8.** Il mito della ragionevolezza, il potere della verità.

---

\*Università degli Studi di Perugia, Dipartimento di Economia, [simone.budelli@unipg.it](mailto:simone.budelli@unipg.it)

## 1. Il transumanesimo e il peccato originale.

Il dilemma esistenziale dell'uomo, che viene continuamente colpito inspiegabilmente da un destino incomprensibile e ingiusto è da sempre oggetto di riflessione. Da Sofocle<sup>1</sup> (Edipo) fino al più recente romanzo di Philip Roth<sup>2</sup>, il grido di Giobbe (perché?) risuona nei momenti difficili della vita ovvero, per usare le parole di Lacan, nel "buio della notte della nostra esistenza"<sup>3</sup>.

Spesso illuso dalle meravigliose e inimmaginabili scoperte della scienza<sup>4</sup>, l'uomo sembra sempre ricadere nella tentazione del "peccato originale". Liberatosi dal giogo oppressivo e ingombrante di qualsiasi Entità Superiore<sup>5</sup> e diventato finalmente esso

<sup>1</sup> M. Cartabia, L. Violante, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna, 2018.

<sup>2</sup> P. Roth, *Giobbe. Romanzo di un uomo semplice*, Milano, [1930], 1977. Nell'ultimo romanzo (P. Roth, *Nemesi*, Torino, 2011) il noto scrittore americano, narra la storia di una spaventosa e commovente battaglia contro un'epidemia di polio che colpisce e uccide i bambini, i quali pur senza colpa alcuna non riescono a scampare al destino di morte e sofferenza. La descrizione dei laceranti gridi nella notte dei ragazzi alla ricerca dei propri genitori, ci riporta, con una nuova pagina di toccante poesia sull'impari lotta, senza tempo tra l'uomo e il suo destino, spesso crudele, illogico e incomprensibile alla ragione umana.

<sup>3</sup> Il grido nella notte dei bambini descritto da Roth è il grido di Giobbe contro Dio (Gb 3, 1 ss.) ed è in definitiva il grido dell'uomo alla ricerca del senso della vita, di cui ha parlato efficacemente Lacan: perché il dolore, la sofferenza, la morte? Neanche Charles Darwin, nonostante le sue meravigliose scoperte sull'evoluzione dell'uomo, seppe darvi risposta. E allora partito con la Beagles, promettendo al padre che sarebbe tornato prete, diventò invece ateo; il padre dell'evoluzionismo, di fronte all'inspiegabile crudeltà del dolore (Darwin, nella sua autobiografia, ricorda lo sconcerto in cui lo lasciò l'aver osservato un parassita che prende vita divorando dal di dentro l'animale che lo ospita), perde la fede (con grande disappunto della moglie) ... ma purtroppo non riuscirà a trovare la felicità.

<sup>4</sup> Per una utile ricostruzione divulgativa sulle nuove tecniche biogenetiche e d'intervento sul DNA, si veda A. Meldolesi, *E l'uomo creò l'uomo. Crispr e la rivoluzione dell'editing genomico*, Torino, 2017; C. Venter, *Il disegno della vita. Dalla mappa del genoma alla biologia digitale: il mio viaggio nel futuro*, Milano, 2014; G. Remuzzi, *Siamo geni. Uno straordinario viaggio nel corpo umano in 44 brevi lezioni*, Milano, 2014. Contro le mirabolanti promesse della tecnologia, cfr. D. Di Cesare, *Il fallimento del futuro*, in *La Lettura - Corsera*, del 5 maggio 2019, p. 3: «Per l'umanità chiusa dentro quel globo senza finestre del capitalismo in stato avanzato, dove di umano resta ben poco, è tuttavia concepibile il transumanesimo, l'invenzione finale, l'ultimo sogno tecno-gnostico d'immortalità - che si attui con l'ibernazione criogenica o con trasferimento d'identità in un software - sogno vagheggiato da una specie che d'un tratto potrebbe scomparire. Si potrebbe accedere all'immortalità sull'orlo dell'abisso, quando già i mortali non abiteranno più il pianeta. Che almeno sopravviva il post-umano!».

<sup>5</sup> Il secolo breve si inaugura con la liberatoria affermazione nietzschiana "Dio è morto": il cielo sopra le nostre teste è vuoto e nessun Dio sceglie al nostro posto. F. Nietzsche, in *Così parlò Zarathustra*, immaginava una nuova epoca, in cui l'uomo finalmente libero dalle catene e dai falsi valori etici e sociali, dettati dalla filosofia greca o dalla tradizione religiosa cristiana, sarebbe potuto passare dal nichilismo passivo (che nasce dalla consapevolezza dell'inesistenza di un senso da poter dare all'esperienza umana) al nichilismo attivo e al raggiungimento dello spirito dionisiaco.

stesso creatore<sup>6</sup>, attraverso il transumanesimo (l'ultimo sogno tecno-gnostico d'immortalità), l'uomo moderno crede finalmente di essere diventato un Superuomo: geneticamente modificato, sembra capace di resistere al dolore e alle malattie; l'ibernazione criogenetica e il trasferimento d'identità in un robot, dotato di un'intelligenza e di una memoria artificiale illimitata, faranno il resto.

La società più ricca<sup>7</sup>, più tecnologicamente avanzata, iperconnessa e controllata<sup>8</sup>, fondata sulla programmazione, sulla automazione e sulla simulazione di processi e dinamiche, tuttavia più che certezze e sicurezze pare restituirci paradossalmente una serie di rischiose illusioni<sup>9</sup>: quella di una piena razionalità, capace di eliminare l'errore; quella di un controllo totale del reale<sup>10</sup>; quella di una sicurezza assoluta basata su una sorta di delega in bianco alla tecnologia<sup>11</sup>.

Proprio quella tecnologia che pareva averci assicurato la prevenzione dai rischi, risulta impotente di fronte alle continue situazioni emergenziali. Rispetto, dunque, alle sirene che narrano di una libertà senza limiti<sup>12</sup>, di una felice onnipotenza

<sup>6</sup> Y. N. Harari, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Firenze - Milano, 2017. A. Touraine, *In difesa della modernità*, Milano, 2019, secondo il quale, attraverso la conoscenza e le innovazioni tecnologiche, l'uomo si libera, cessa di essere "creatura" e diventa "Creatore" della società in cui vive e di se stesso. Ma potrà mai esserci qualcuno che potrà dire di poter creare se stesso?

<sup>7</sup> A. Graziosi, *Il futuro contro. Democrazia, libertà, mondo giusto*, Bologna, 2019: «*Gli ultimi decenni sono stati segnati dalla più grande crescita socioeconomica che il mondo abbia mai conosciuto, una crescita accompagnata da un miglioramento sostanziale delle condizioni di vita di miliardi di essere umani*».

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> A. Massaro, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?* in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 9 maggio 2011, p. 2, evidenzia la paradossale «*insicurezza generata da un indiscusso, incondizionato ed incontrollato primato della scienza [... nonché da] alcuni degli "effetti collaterali" determinati dall'incessante modernizzazione della società contemporanea [...] resi più "sconcertanti" dall'autentica capacità di annientamento che essi sono in grado di spiegare*». E sul punto non può non venire in mente il saggio di L. Sciascia, *La scomparsa di Majorana*, Milano [1975], 2004, sulla misteriosa scomparsa del più brillante tra gli scienziati di Via Paliserna avvenuta nel 1938.

<sup>10</sup> Cfr. M. Hammersley, *Il mito dell'evidence-based. Per un uso critico della ricerca sociale applicata*, Milano, 2016.

<sup>11</sup> P. Dominici, *La complessità della comunicazione*, in L. Ferrucci - a cura di -, *Covid-19. Tra emergenza sanitaria ed emergenza economica. Riflessioni dal mondo delle scienze sociali*, Perugia, 2020, p. 143.

<sup>12</sup> M. Veneziani, *Nostalgia degli dei*, Venezia, 2019, p. 232 e ss.: «*Al posto di Dio viene deificato l'umano [...] Cosa c'è al posto di Dio? C'è la libertà, si risponde. Cos'è la libertà in assoluto? E' nessun tetto all'io. Dio perde la testa: decapitato Dio è solo io. La libertà è l'infinita possibilità dell'io di autocrearsi e discrearsi [...] Il senza Dio tutto è permesso di Dostoevskij? [...] Ma l'essere ridotto a infinito possibile ci accresce o ci sminuisce? Ci rende divini o fantasmi? Se i limiti umani possono essere spostati ma non eliminati..., se l'uomo resta prigioniero della sua mortalità e del finito, può dire davvero di avere mutato il suo stato di suddito in sovrano o ha solo barattato la concretezza con la liquidità? Dalla prigione del destino alla vertigine della possibilità. Prigione senza muri, su misura, che ti opprime ovunque tu vada perché cammina con le tue gambe*».

tecnologica secondo una concezione neopositivistica della realtà, assistiamo invece ad una pericolosamarginalizzazione dello spazio riservato alla responsabilità umana<sup>13</sup>, nonché ad una commistione tra scienza e scientismo<sup>14</sup>.

Paura e incertezza continuano ad essere tratti sempre più caratterizzanti delle moderne società<sup>15</sup> ed è bastato un banale virus microscopico per farci ritrovare ancora una volta soli e disperati, «*soli e senza scuse, consegnati alla responsabilità della libertà*»<sup>16</sup>.

## 2. "Fobocrazia"

Non sappiamo se il virus letale, denominato Covid-19, sia stato prodotto dall'uomo, accecato ancora una volta dal potere subdolo del denaro<sup>17</sup>, ma è certo che questo essere nanoscopico ha ridimensionato nuovamente la superbia di Icaro, facendolo cadere di nuovo rovinosamente a terra. Improvvisamente siamo tornati al

<sup>13</sup> P. Dominici, *La società dell'irresponsabilità*, Milano, 2010.

<sup>14</sup> Il peso della libertà, l'angoscia delle scelte, avverte lo stesso Nietzsche, fa sorgere nell'uomo "la tentazione dell'ombra di Dio", ovvero la tentazione di sostituire Dio con altri surrogati per ritrovare la sicurezza perduta. In altri termini, l'uomo, colpito dalla sindrome del marinaio in mare aperto, ovvero assalito dalle vertigini che la libertà senza limiti può dare, agogna di tornare alla terraferma, allo spazio finito, alle caverne, alle catene e va alla ricerca di nuovi idoli a cui legarsi. Tra questi lo scientismo, che attribuisce alla scienza tutta la conoscenza della realtà, negando all'uomo la libertà di cercare fra i segreti della natura (cfr. P. Ruminelli, *La natura, l'uomo e il sacro. Studi per una filosofia dell'esistenza*, Roma, 2013, p.53 e ss.).

<sup>15</sup> Cfr. U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, p. 14, secondo cui, nel passato, «*si trattava di rischi personali, non di pericoli globali come quelli che incombono sull'umanità*»). Si veda anche Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999 e Id., *Paura liquida*, Roma - Bari, 2008; C. Mongardini, *Le dimensioni sociali della paura*, Milano, 2004.

<sup>16</sup> J. P. Sartre, *L'essere e il nulla*, [1943], Milano, 2014.

<sup>17</sup> Nell'opera teatrale in tre atti di A. Camus, *Stato d'assedio*, messa in scena per la prima volta a Parigi nel 1948, il romanziere francese, partendo ancora dal racconto della peste, oltre a condannare la dittatura e la rassegnazione civica, non perde l'occasione per stigmatizzare le ragioni economiche e del profitto che prevalgono rispetto al valore attribuito alle vite umane. A. Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti del mercato*, Milano, 2015, mette in guardia proprio quelli che come G. Saunders, *La Nuova Mecca*, in GQ del 1 novembre 2005, abbagliato dalle meraviglie di Dubai, dove il potere del denaro ha trasformato il deserto in una città dei sogni, scriveva: «*L'uomo è una gioiosa macchina che vende e compra. Ho sbagliato, ho sbagliato di grosso a condannare il consumismo. Il consumismo è connaturato nell'uomo. È, in un certo senso, un sacro impulso. L'uomo è un essere che insegue gioiosamente le cose, le porta a casa e poi inizia subito a fare piani per accumularne altre. L'uomo è un essere che desidera migliorare la propria sorte*», ma chissà se questo è il modo giusto. Non a caso, più recentemente E. Felice, *L'ultima utopia*, Bologna, 2020, dopo aver evidenziato le contraddizioni della città, ammonisce a "non diventare come Dubai", cioè a non sacrificare i valori della democrazia sull'altare del successo economico. Neanche qui, infatti, dove il denaro ha trasformato il deserto in neve, è riuscito a bloccare l'insignificante virus.

tempo della terribile influenza spagnola<sup>18</sup> con le stesse mascherine, con le stesse paure, ma soprattutto con gli stessi errori, come, ad esempio, quello di non rivelare ai popoli il diffondersi della malattia o, peggio, quello di comunicare notizie manipolate<sup>19</sup> e spesso, addirittura, false<sup>20</sup>.

Lo Stato, senza più risorse economiche e assicurazioni scientifiche, pare avviato ad una utilizzazione strumentale della paura<sup>21</sup> e da dispensatore di sicurezza<sup>22</sup>, rischia di trasformarsi in un manipolatore di angosce<sup>23</sup>: «*Se si considerano complessivamente le implicazioni della manovra delle paure e della loro comunicazione,*

<sup>18</sup> Le epidemie in grado di seminare il panico tra gli uomini sono un fatto ricorrente nella storia. Dal tempo dei romani (si pensi alla peste “antonina” che si stima abbia causato oltre 10 milioni di morti o a quella “giustiniana” con 25 milioni di vittime) sino al Medioevo (si pensi alla pestilenza definita “La Morte Nera”, che fra il 1331 e 1353 decimò l’intera popolazione europea). Numerose sono state nel corso dei secoli le pestilenze che hanno colpito le città italiane e sono state rese celebri anche dalla letteratura: famosa è quella di Firenze ricordata da Boccaccio nel Decameron, quella di Milano narrata dal Manzoni ne *I promessi sposi*, quella di Venezia descritta da Thomas Mann in *La morte a Venezia*. Le influenze pandemiche sono una caratteristica dell’epoca moderna (basti pensare a quella denominata “asiatica” che è stato stimato abbia provocato 1 milione di morti, l’influenza di Hong Kong anch’essa con oltre 1 milione di morti, fino alla più recente aviaria). Tuttavia, la più terribile è stata l’influenza spagnola, sbarcata in Europa nel 1918 al seguito (sembra) delle truppe statunitensi impegnate nelle trincee europee della I Guerra Mondiale, pare abbia provocato oltre 50 milioni di morti. Essa si diffuse sia in America che in Europa, ma la censura di guerra ne impedì l’informazione e l’assunzione di idonee misure precauzionali o di cura. L’appellativo di “spagnola” è derivato dal fatto che al tempo la Spagna, nazione neutrale nel conflitto, fu l’unico Stato a darne notizia.

<sup>19</sup> Purtroppo la riduzione della corretta informazione solo ad un insieme di regole, criteri, codici, buone pratiche e linee guida, non sembra aver avuto altro effetto che quello «*di restituirci una comunicazione perfettamente simulata ma perfettamente incapace di ...comunicare*» (P. Dominici, *La complessità...*, cit., p. 165).

<sup>20</sup> Nell’epidemia Covid-19 abbiamo assistito a molti errori della politica, ma prima ancora della scienza: sono state divulgate affrettate dichiarazioni provenienti non solo da singoli scienziati, ma addirittura da istituzioni sanitarie nazionali e addirittura mondiali, che poi si sono rivelate non vere, inducendo la politica ad errori conseguenti. In Italia, solo a livello ministeriale, sono state costituite un numero indefinito di consulte, commissioni e *task force* con circa 500 esperti in campo, in una babele di pareri, *ultimatum*, raccomandazioni, proposte, spesso contrastanti, su cui fare una sintesi politica è apparso sin dall’inizio difficilissimo. Le contraddizioni in cui è caduta la scienza (non solo quella sanitaria) sono ovviamente doppiamente dannose (per la salute umana e per la scienza stessa), acuendo ancor più i contrasti tra politica e tecnica, ma soprattutto il disorientamento e la paura collettiva. Un esempio è stato il tentativo di applicare modelli statistici a fenomeni complessi come le epidemie, che hanno generato l’ingannevole sensazione di poter calcolare il diffondersi dei virus, inducendo, come è successo in una prima fase della pandemia in Inghilterra e Svezia, ad applicare la teoria della “immunità naturale di gregge”, poi frettolosamente, ma purtroppo tardivamente abbandonata. Tornano allora alla mente le sagge parole del Grillo Parlante di Collodi, che interrogato dalla Fata Turchina risponde: «*Io dico che il medico prudente, quando non sa quello che dice, la miglior cosa che possa fare, è quella di stare zitto*».

<sup>21</sup> B. R. Barber, *L’impero della paura*, Torino, 2004; S. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna 2010.

<sup>22</sup> Sulla generale funzione di protezione dei cittadini che lo Stato deve prioritariamente assolvere si veda F. Ewald, *L’Etat de précaution. Rapport public du Conseil d’Etat pour l’année 2005*, Parigi, 2006.

<sup>23</sup> M. Foessel, *Après la fin du monde: Critique de la raison apocalyptique*, Parigi, 2012, p. 142, secondo cui il protrarsi della minaccia pandemica tenderebbe ad infrangere la linea di confine tra paura e angoscia, tra paura relativa e paura assoluta.

relativamente al rapporto tra governati e governanti, si può osservare che l'evocazione dei rischi da parte di questi ultimi, tende a restringere l'arco delle possibili valutazioni da parte dei cittadini. Queste vengono ulteriormente ristrette dalla comunicazione delle paure da parte degli strumenti di informazione, che a loro volta finiscono per restringere il ventaglio delle opzioni di governo».

Si crea, in altre parole, un circolo vizioso<sup>24</sup>: l'emergenza consente al politico di turno di utilizzare la paura per diventare l'uomo della provvidenza e di mostrare formalmente (in un sistema deresponsabilizzato e disorganizzato) capacità decisionale, "muscoli ed efficienza", con la possibilità di derogare unilateralmente e legittimamente anche le regole fondamentali dell'ordinamento democratico<sup>25</sup>. Ciò tuttavia comporta l'aumento della sfiducia del cittadino nei confronti del funzionamento del sistema, che appare sempre più incapace con le normali procedure e normative di rispondere in modo efficiente ed efficace anche a problemi pure facilmente prevedibili. La paura, in ambito sociale, però genera reazioni emotive (sciagurate) di massa, che innescano risentimento, rabbia e odio. Per controllare tali reazioni emotive è necessario individuare capri espiatori<sup>26</sup> ed elevare il livello di paura. Ecco perché si è parlato dunque, di quella che è stata denominata "monarchia della paura"<sup>27</sup> o, evidenziando soprattutto l'uso strumentale della stessa,

<sup>24</sup> B. Giampieri, *I conflitti dell'immigrazione*, Roma, 2012, p. 136.

<sup>25</sup> F. Fantozzi, *I rischi dell'emergenza. E se questo stato di eccezione divenisse regola?*, in *Il Riformista* del 3 aprile 2020 ha efficacemente parlato di "democrazia disciplinare". Durante la quarantena imposta a causa dell'emergenza Covid, numerosi sono stati gli interventi del Presidente del Consiglio, che rivolgendosi direttamente al popolo e assumendosi ogni responsabilità per il benessere, la sicurezza e la salute dei cittadini, ha di fatto assunto un ruolo di governatore assoluto, in cui di fatto il Parlamento è stato posto ai margini del dibattito non consentendogli alcun controllo. A tal proposito c'è chi, in modo atecnico, ha parlato anche di Stato di polizia, che, secondo la giustpubblicistica, richiama invece i sovrani illuminati che si incaricava di avviare, dirigere e regolare molte attività sociali (scuole, ospedali, ospizi) per migliorare il benessere della popolazione. Sulla evoluzione dello Stato di Polizia nei tempi moderni si veda l'interessante lavoro di R. Chiarelli, *La Repubblica italiana come governo degli uomini*, Torino, 2005, il quale osserva come dietro l'atomizzazione degli organi decisori (mondiali, europei, statali, locali, tecnici e giuridici), il popolo finisce per auspicare il ritorno al passato (cfr. cap. VII. *Le continuità dello Stato di polizia*, p. 266).

<sup>26</sup> «Da quando esiste il mondo, i grandi sconvolgimenti naturali sono stati attribuiti dall'uomo a un deus absconditus irato contro i suoi peccati, come gli effetti dell'ira stornati su un capro espiatorio, (nei romanzi di Daniel Pennac un personaggio fa il bouc émissaire proprio per campare, ma c'è poco da sorridere quando diventa tale un popolo intero). Da Edipo che investiga su chi abbia portato la peste a Tebe, prima di scoprire che si tratta di lui stesso, agli untori condannati per quella del Seicento a Milano, di cui narra la manzoniana Storia della colonna infame, al gesuita Paneloup, che invita a pentirsi dei peccati nella Peste di Camus, il meccanismo è il medesimo» (S. Prisco, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, p. 12).

<sup>27</sup> M. C. Nussbaum, (traduzione M. Giglioli), *La monarchia della paura. Considerazioni sulla crisi politica attuale*, Bologna, 2020, secondo cui l'ordine democratico dovrebbe contribuire, a ridurre i sentimenti negativi

si è utilizzato il termine “fobocrazia”: «*Si accendono e si spengono focolai di apprensione collettiva, si induce lo stress a intermittenza, fino a raggiungere l’apice dell’isteria collettiva, senza alcuna strategia e senza chiari scopi, se non la chiusura immunitaria di una comunità passiva, disgregata, depoliticizzata. Così il “noi” fantasmagorico ci si sottomette temporaneamente all’emergenza e ai suoi decreti*»<sup>28</sup>. In definitiva, la disinformazione<sup>29</sup>, amplificata dai social senza controllo<sup>30</sup> e dalle fake news<sup>31</sup>, è divenuta, con un effetto pervicacemente circolare, un subdolo untore, se non del virus, certamente della paura<sup>32</sup>.

---

come rabbia, disgusto e invidia, che motivano in gran parte i movimenti populistici; dall’altro, dovrebbe concedere più spazio ai sentimenti positivi, ricordando che il rancore spesso è ingiustificato, che l’ansia di status è troppe volte eccessiva e che, infine, la vendetta non ha senso. Ora se l’analisi è condivisibile, la proposta invece pare un po’ vaga e teorica.

<sup>28</sup> D. Di Cesare, *Virus sovrano? L’asfissia capitalista*, Torino 2020, p. 46.

<sup>29</sup> Il rapporto tra comunicazione (intesa come condivisione della conoscenza) e riduzione della complessità, è stata ben evidenziata da N. Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990.

<sup>30</sup> C. Sunstein, *On Rumors How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, What Can Be Done*, New York, 2009, il quale sostiene che tre sono le dinamiche rilevanti ai fini dell’amplificazione: le cascate sociali, la polarizzazione di gruppo, l’assimilazione “pervenuta”. In buona sostanza le chat determinano un effetto domino delle notizie che si propagano molto più velocemente e con successo perché provengono da persone conosciute; all’interno dei gruppi omogenei queste si radicalizzano; tutte le altre e diverse informazioni vengono filtrate e tendenzialmente rifiutate se diverse da quelle credute. Tutto ciò è stato confermato da uno studio compiuto nel 2015 da alcuni ricercatori della University of Southern California (Kristina Lerman, Xiaoran Yan e Xin-Zeng Wu), che hanno dimostrato, attraverso un esperimento sociale, come la rete moltiplichi le occasioni di false informazione, che apparentemente indipendenti e sicure, si radicalizzano, aumentando le divisioni, i contrasti e diminuendo paradossalmente il confronto.

<sup>31</sup> Non a caso è stata istituita il 4 aprile 2020 con decreto del Sottosegretario di Stato con delega all’informazione e all’editoria l’Unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al Covid-19 sul web e sui social network, più semplicemente denominata “task force anti-fake news”, priva però di poteri sanzionatori, che ha come *mission* solo quella di facilitare l’accesso dei cittadini a un’informazione il più possibile basata sui dati condivisi dalla comunità scientifica in un dato momento e di favorire la consapevolezza relativa ai rischi della disinformazione, alle motivazioni e modalità con cui si presenta, alle attitudini individuali che possono trarre chiunque in inganno. E’ stato poi diffuso un documento chiamato “Programma operativo”, consultabile sul sito del Dipartimento per l’informazione e l’editoria di Palazzo Chigi, che contiene le principali azioni da intraprendere per arginare la circolazione di notizie dannose per la tutela del diritto alla salute delle persone e per valorizzare le informazioni di qualità riconducibili a fonti istituzionali e fondate su evidenze scientifiche (cfr. R. Razzante, *Azioni di contrasto alla disinformazione on-line sul covid-19*, in *Diritto24* del 23 giugno 2020).

Avverte però R. Ferrari Zumbini, *Cosa significa fake-news? (Un concetto non chiaro e il rischio di far peggio)*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 10 aprile 2020: «*Perseguire fake news e hate speeches in assenza di definizioni chiare è pericoloso e potrebbe esser controproducente. Si tratta di libertà del pensiero e il rischio di una dimensione distopica è troppo alto*».

<sup>32</sup> Le teorie cd. complottiste, che attribuiscono a oscuri e indecifrabili poteri economici globali o a indicibili progetti espansionistici di potenze straniere la responsabilità di ogni male, vengono diffuse e ampliate da comunicazione, divenuta sempre più veloce e priva di filtri, che contribuisce a diffondere ed aumentare la paura (D. Altheide, *Come i media costruiscono e amplificano le paure*, in AA.VV., *Paure Globali*, Roma - Bari, 2009, p. 34 e ss.). Del resto della “pestilenza manufatta” aveva già parlato Seneca e prima ancora Tuciddide, che raccontando della peste del Pireo del 430 a. C., ricordava come erroneamente essa venisse attribuita ai veleni gettati dai nemici nelle cisterne e come più della pestilenza fece strage la paura. Di fronte all’impotenza della

### 3. Il globale: dimensione sistemica complessa.

Le minacce che gli Stati si trovano ad affrontare hanno una caratteristica profondamente diversa da quelle dei tempi passati: calamità naturali, disastri ambientali, inquinamento e mutamento del clima, attentati terroristici, attacchi informatici<sup>33</sup>, hanno tutti effetti globali. Le epidemie del passato<sup>34</sup> difficilmente superavano i confini naturali (le montagne, i mari). Oggi, invece, anche l'eruzione di un vulcano in un posto sperduto della terra<sup>35</sup>, produce effetti in tutto il resto del mondo, condizionando spostamenti, traffici, mercati, economie. I rischi pare siano, dunque, diventati inaspettatamente patrimonio comune dell'umanità e gli eventi, così come i processi, che accadono nel villaggio globale<sup>36</sup> sono di natura complessa<sup>37</sup>, multidimensionale e sistemica<sup>38</sup>.

---

scienza, abbiamo assistito anche ad un ritorno al sacro e sono tornate d'attualità le riflessioni sul paradosso ontologico tra scienza e fede (A. Camus, *La peste*, Milano, [1947] 1958). Il Covid ha un'origine divina, punitrice e al contempo ammonitrice (P. Preto, *Epidemia, paura e politica nell'Italia moderna*, Milano, 1987)? Come Prometeo, come Adamo ed Eva, come Giobbe (secondo la spiegazione che ne danno i suoi amici Elifaz, Sofar e Bildad, "se Giobbe soffre vuol dire che ha peccato") siamo stati di nuovo puniti per le colpe nostre o addirittura, come Edipo, per quelle dei nostri avi? Se la nostra vita dipende dagli insondabili decreti della predestinazione, in preda alla paura e all'incertezza di un nemico invisibile e (ad oggi) invincibile, siamo tornati a celebrare riti da tempo dimenticati, che però spesso sembrano assumere la forma di sacrifici neo pagani per emendare dal peccato e placare la furia punitiva divina, secondo antiche concezioni religiose, che ormai si credevano superate, ma non evidentemente nella superstizione popolare. Osserva J. Habermas, *Le religioni e la politica*, Bologna, 2013, 28: «Oggi, quando i membri compiono i loro atti di culto, cercano di garantirsi una fonte di solidarietà altrimenti diventata inaccessibile [...] Vorrei rimarcare che oggi solo le comunità religiose, attraverso le proprie prassi culturali mantengono l'accesso ad esperienze arcaiche».

<sup>33</sup> P. Reale, *Cyber-minacce e cyber-paure*, in E. Palmisano - I. Giuliani (a cura di), *NOUS. Immigrazione e terrorismo*, Roma, 1, 2018, p. 97 e ss.

<sup>34</sup> L'epidemia è una manifestazione frequente di una malattia avente una durata limitata nel tempo e nello spazio. La definizione di epidemia per l'OMS è la seguente: "particolare malattia infettiva che, sviluppatasi in maniera più o meno brusca (più o meno rapidamente), per cause che non siano abituali, costanti o periodiche, colpisce gruppi rilevanti di popolazione per poi attenuarsi dopo aver compiuto il suo corso". Per pandemia, invece, si deve intendere la diffusione di una malattia infettiva in più Stati o in più diversi continenti, caratterizzata da una diffusione incontrollata, prescindendo dalla gravità della stessa: se più continenti sono rapidamente e contestualmente interessati da uno stesso ceppo influenzale, allora deve essere dichiarato lo stato di pandemia, senza che si debba necessariamente verificare prima un'alta mortalità.

<sup>35</sup> Si pensi, ad esempio, a quanto successo nel 2010, in occasione dell'eruzione del vulcano Eyjafjallajökull in Islanda, che provocò la cancellazione di migliaia di voli e la chiusura dello spazio aereo di Gran Bretagna, Danimarca, Belgio, Svezia, Francia, Polonia. E a questo riguardo come non ricordare il disastro della centrale nucleare "Lenin" di Chernobyl del 26 aprile 1986, situata a 3 km da Pripyat, in Ucraina, le cui nubi radioattive oltre ad interessare tutta l'Europa arrivarono sino alla costa orientale del Nord America.

<sup>36</sup> Fortunata definizione di M. McLuhan, noto studioso delle comunicazioni di massa, utilizzata nel saggio *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1967.

<sup>37</sup> E' stato ben evidenziato il difficile e spesso confuso rapporto che erroneamente si instaura tra il concetto di "complicato", inteso come fatto seppur difficile da gestire, tuttavia lineare, gestibile e prevedibile, rispetto a

E più aumenta la complessità<sup>39</sup>, più si rafforza la tentazione della semplificazione, ma ciò che è complesso non è semplificabile<sup>40</sup>.

Nell'universo, come sulla terra, in natura e anche nei sistemi sociali, il tutto non è mai la somma delle sue parti. Purtroppo, il miraggio della semplificazione porta alla produzione di teorie complottiste, alla ricerca di capri espiatori<sup>41</sup> e alla valorizzazione di proposte nazional-populiste<sup>42</sup>.

«*Davvero si crede [che problemi globali] possano essere affrontati su base locale e non con una governance nazionale o, meglio ancora, europea?*»<sup>43</sup>.

La crisi ha evidenziato come il localismo “muscolare”<sup>44</sup> o il sovranismo nazionale (con la costruzione di muri a difesa dei confini), non servono a gestire le pandemie, ma neanche a combattere il terrorismo o a gestire le migrazioni o a evitare i disastri ambientali.

Le malattie pandemiche (Covid, Sars, Aviaria, ecc...<sup>45</sup>), così come il terrorismo e tutte le altre emergenze globali, sono pericoli perenni, subdoli, spesso invisibili,

---

quello definito “complesso”, che è invece non lineare, imprevedibile e incontrollabile. Sul punto si veda G Bocchi - M. Cerruti (a cura di), *La sfida della complessità*, Milano, 1985.

<sup>38</sup> F. E. Emery (a cura di), *La teoria dei sistemi. Presupposti, caratteristiche e sviluppi del pensiero sistemico*, Milano, 2006 e recentemente.

<sup>39</sup> M. Ceruti - F. Bellusci, *Abitare la complessità, la sfida di un destino comune*, Milano - Sesto San Giovanni, 2020.

<sup>40</sup> Era il grande scienziato francese Pierre Simon de Laplace, che già alla fine del '700 aveva condannato la tentazione demoniaca di semplificare la realtà: è solo un demone ideale quello che è in possesso di tutte le formule e le leggi ed è capace di spiegare il presente e il futuro di questo universo. In modo efficace, Nietzsche ne *Il crepuscolo degli idoli* (1888), scriveva: «“Ogni verità è semplice”: non è questa una doppia menzogna?» e Proust ne *La ricerca del tempo perduto* (Recherche, 1927): «*La vita e le circostanze stesse sono un po' più complicate di quanto non si dica. C'è una pressante necessità di mostrare questa complessità*».

<sup>41</sup> La psicosi collettiva amplificata da informazioni errate, false e manipolate, la caccia ai potenziali untori, l'individuazione di capri espiatori, la negazione delle prime avvisaglie del contagio per timore degli effetti economici che avrebbero innescato; le devastanti conseguenze sul commercio e sull'economia, dovute alle misure restrittive; i tentativi dei governi di sanare il deficit con prestiti, emissione di titoli del debito pubblico e imposizione di nuove tasse; gli assalti ai forni per paura della quarantena, sono elementi comuni a tutte le pandemie del passato, ma come possiamo vedere anche a quelle moderne. Sul punto cfr. P. Zanobini, *La vita al tempo della peste*, Milano - Sesto San Giovanni, 2020.

<sup>42</sup> S. Feltri, *Populismo sovrano*, Torino, 2018.

<sup>43</sup> C. Melzi d'Eril – G. E. Vigevani, *Polifonia stonata tra Governo e Regioni*, in *Il Sole 24 Ore* del 29 marzo 2020.

<sup>44</sup> Il cd. regionalismo forte è riassumibile con il concetto coniato dai leaders politici di alcune regioni italiane: “dateci i soldi e ci arrangiamo da soli”. Tuttavia, abbiamo visto come sistemi regionali, ritenuti efficienti e all'avanguardia, non hanno retto rispetto ad un fenomeno inaspettato e violento come il Covid-19. Il ritardo di almeno due settimane con cui si è attivata la rete di aiuti alla Lombardia da parte di altri sistemi sanitari evidenzia come i meccanismi della collaborazione tra sistemi “chiusi” non funziona e come sia necessario che l'ascensore sussidiario sia ben oliato per consentire, in caso di necessità, di riportare verso l'alto il compito di coordinamento delle funzioni pubbliche.

<sup>45</sup> M. Honigbaum, *Pandemie. Dalla spagnola al Covid-19, un secolo di terrore e ignoranza*, Milano, 2020.

mutevoli e mutanti, capaci di colpire in ogni momento, che necessitano di approcci unitari e multidisciplinari nei saperi, così come nelle relazioni politiche.

Senza ritorni a un passato centralista, senza derive verso piccole repubbliche sovrane<sup>46</sup>, è evidente che per affrontare i problemi del villaggio globale, in modo efficace dovremo essere capaci di reagire, adeguando le dimensioni e le strategie di *policy*<sup>47</sup> alla complessità dei fenomeni moderni, ripensando quindi valori, garanzie<sup>48</sup>, regole, organizzazioni<sup>49</sup> e finalità<sup>50</sup> del potere<sup>51</sup> e della democrazia, sulla base, ad ogni livello, dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione per cercare di realizzare il difficile obiettivo: “*e pluribus unum*”<sup>52</sup>.

#### 4. Fra libertà e sicurezza: la crisi della sovranità statale.

I populismi<sup>53</sup> e i nazionalismi sembrano alimentarsi dell'illusione della forza delle autonomie locali e del recupero delle sovranità nazionali, ma la recente pandemia, più che la resurrezione dello Stato<sup>54</sup> e della sua forza<sup>55</sup>, (che nell'emergenza ha cercato

<sup>46</sup> Limitandosi alla difficile vicenda italiana dopo la riforma del Titolo V e dopo l'ennesimo fallimento di riforma costituzionale, tra i tanti, si vedano S. Staiano, *Il difficile percorso del regionalismo*, in *federalismi.it*, n. 10/2007; M. Belletti, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Roma, 2012; A. D'Andrea, *La Costituzione che abbiamo. Il rigetto popolare della «grande riforma» deliberata dalle Camere nella XVII Legislatura*, Bari, 2017

<sup>47</sup> A. J. Bradbury, *The Policy Implications of Different Concepts of Risk*, in *Science Technology & Human Values*, 14 - 4, 1989, pp. 380 ss. che sostiene come la costruzione sociale del rischio (inteso come attributo socialmente costruito) fornisce una solida base teorica per la progettazione della politica.

<sup>48</sup> L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma - Bari, 2013, secondo cui il neo costituzionalismo per essere all'altezza dei nuovi poteri economici globali deve costruire nuove garanzie, capaci di realizzare un'alternativa razionale credibile rispetto alle previsioni di un futuro caratterizzato da disordini, violenze, diseguaglianze e devastazioni ambientali.

<sup>49</sup> S. Cassese, *Il buon governo*, Milano, 2020.

<sup>50</sup> A. Calabrò, *Oltre la fragilità. Le scelte per costruire la nuova trama delle relazioni economiche e sociali*, Milano, 2020.

<sup>51</sup> A. Weale, *Risk, Democratic Citizenship and Public Policy*, Oxford, 2002.

<sup>52</sup> Per una più ampia trattazione delle dinamiche della *multilevel governance*, rinvio al mio *Dinamismi centripeti del multilivello solidale*, Torino, 2007, p. 174 e ss.

<sup>53</sup> Sull'argomento, fra i tanti cfr. R. Chiarelli (a cura di), *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Soveria Mannelli, 2015; W. A. Galston, *Anti-Pluralism. The Populist Threat to Liberal Democracy*, Yale University Press, New Haven & London, 2018; A. Lucarelli, *populismi e rappresentanza politica*, Napoli, 2020.

<sup>54</sup> Resurrezione che si concretizza nell'enfatizzazione centralizzante dell'interesse nazionale e del principio di supremazia su cui di recente cfr. A. Mitrotti, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, 2020, p. 367, il quale osserva: «è davvero paradossale come l'impianto autonomistico italiano successivo alla revisione del Titolo V, nonostante [...] abbia letteralmente

di mostrare nuovamente i muscoli, ripristinando confini e imponendo regole in totale - spesso egoistica - autonomia, rispetto sia alle impotenti organizzazioni sovranazionali<sup>56</sup>, che alle recalcitranti autonomie locali<sup>57</sup>), ha evidenziato invece, a ben vedere, la sua definitiva “polverizzazione”<sup>58</sup>, accentuando la distanza tra l’ordinamento costituzionale vigente dallo Stato di diritto e dal principio di legalità<sup>59</sup>.

---

*espunto con nettezza l’interesse nazionale dagli artt. 117 e 127 della Carta, alla fine produca effetti di elasticità centripeta, pari se non maggiori a quelli ricercati in Germania...».*

<sup>55</sup> Già Sabino Cassese (*Oltre lo Stato*, Roma - Bari, 2006) aveva evidenziato, attraverso la rilevazione di elementi quantitativi relativi alla spesa pubblica ed alle dimensioni del pubblico impiego, come i processi di erosione della sovranità statale corrispondono significative crescite dello Stato apparato che assumerebbero una differente configurazione, secondo nuovi paradigmi. Se lo Stato imprenditore sembra restringersi, lo Stato regolatore sembra invece allargare la sua presenza. L’inarrestabile declino dello Stato, avviato ad una inevitabile dissoluzione, sembra secondo Kanishka Jayasuriya (*Globalizzazione, diritto e trasformazione della sovranità: l’emergere della governance normativa globale*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1998) ancora una volta rinviato e comunque destinato a non configurare un credibile supporto alla crisi della sovranità.

<sup>56</sup> Anche l’Unione Europea non ha mancato neppure in questa situazione di mostrare i suoi noti limiti, sui quali si vedano, tra i tanti: L. van Middelaar, *The Passage to Europe*, Yale, 2013, il quale, partendo dal presupposto dell’irreversibilità dell’Unione Europea, ritiene non rinviabile il passaggio ad un effettivo Stato europeo di tipo federale; V. Schmidt, *European Crisis of Legitimacy*, Oxford, 2008, che evidenzia come la Unione Europea ha bisogno di: legittimità dal basso (“input”), di trasparenza e accountability (“throughput”), di risultati in linea con le aspettative e i bisogni dei cittadini (“output”). E’ evidente che l’Unione, se, da un lato, ha realizzato il sogno di un’Europa senza frontiere e dogane, dall’altro, ha destrutturato gli stati nazionali. Il populismo euroscettico può essere battuto solo da una effettiva ristrutturazione comunitaria (S. Bartolini, *Restructuring Europe*, Oxford, 2005).

<sup>57</sup> «Da strumento di legittimazione del pluralismo, la sovranità è stata percepita come minaccia per l’articolazione pluralistica della società» (R. Chiarelli, *La Repubblica italiana...*, cit., p. 262).

<sup>58</sup> Sulla «polverizzazione della sovranità, che tende a divenire più oggetto di constatazione che di analisi», si veda la dotta analisi che fa R. Chiarelli nel paragrafo dedicato a “Crisi della sovranità, pluralismo e nuovo equilibrio costituzionale”, in *La Repubblica italiana come governo degli uomini*, cit., p. 265 e ss.

<sup>59</sup> La trasformazione del significato originario del principio di legalità di conformità alla sola legge è ormai questione acclarata, da quando, secondo R. Bin, Il Giudice, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, Special Issue, 2/2019*, p. 196, la Corte Costituzionale ha reso il giudice arbitro di applicare il diritto comunitario, consentendogli di liberarsi dal vincolo della legge. Come è stato correttamente notato si «utilizza frequentemente il principio di legalità in modo del tutto improprio e con ben altri significati» (A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 1995, p. 95). Osserva Paolo Grossi (*Ritorno al diritto*, Roma - Bari, 2015, p. 87) «Se le fonti si sono pluralizzate, addirittura de-tipicizzate, è consequenziale che il nostro principio di legalità si sia necessariamente trasformato in una sorta di principio di giuridicità, riferendosi prima al variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica» e successivamente, dopo aver richiamato l’attenzione sull’interessante volume di M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007 (ma si veda dello stesso autore, *ad vocem, Legalità*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, Milano, 2013 p. 371 e ss), prosegue «Io credo che Santi Romano abbia offerto nel 1918 il primo compiuto manifesto di un tempo giuridico pos-moderno, presagendo un futuro nel quale lo Stato, gli Stati avrebbero visto decrescere il loro ruolo di monopolizzatori del “giuridico”. Oggi, 2018, deponendo il culto di decrepite mitologie, dobbiamo cominciare a rivedere il principio di legalità non misurandolo antistoricamente sulla sola volontà dello Stato, ma adattandolo realisticamente al “reale” plurordinamentale in cui siamo immersi» (P. Grossi, *Le sfide contemporanee*, in *Id.*, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, p. 117 e ss.; si veda anche *Id.*, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020). Sul punto già Massimo Severo Giannini (*Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. processuale*, 1963, p. 525) scriveva «dobbiamo accettare come diritto positivo vigente quello posto dalla

Gli Stati, infatti, al di là dell'imposizione di misure interdittive, poste con modalità e strumenti contestati in tutt'Europa (anche in sede giudiziale), sembrano oggettivamente incapaci di dare risposte adeguate e coordinate ai problemi globali, complessi e sistemici, posti dal Covid-19<sup>60</sup>.

Se difficile e inadeguata è stata la risposta nella fase emergenziale con l'individuazione di sole misure restrittive, ancor più complicata si presenta sin d'ora la fase della ripresa post-emergenziale<sup>61</sup>.

Lo stato sociale, infatti, già minato dalla crisi economica pre-Covid, viene ulteriormente ridimensionato dall'imprevisto blocco produttivo imposto dal cd. "lockdown": senza produzione c'è solo disoccupazione, povertà e diseguaglianza; senza ricchezza non ci può essere redistribuzione (come hanno insegnato Adam Smith e Von Hayek), mentre è indimostrato che sarà la decrescita a portarci alla felicità<sup>62</sup>, né saranno ancora una volta i famigerati sussidi a pioggia (inutili e

---

*giurisprudenza [...] essa è a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo*», mentre più di recente Giuseppe Morbidelli (*Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzaroli *et alt.* - a cura di -, *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, 577) notava il notevole aumento di decisioni giurisprudenziali che si fondano direttamente sui principi, i quali nel frattempo si moltiplicano e prevalgono sulle stesse regole legislative. I predetti principi non si limitano a dialogare con la legge, ma tendono ad imporsi in forza della loro duttilità, della loro forza espansiva e della loro capacità orientativa (F. Merusi, *Commento al titolo I, Capo I, artt. 1, 2, 3*, in A. Quaranta, V. Lopilato - a cura di -, *Commentario al D. Lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 71), determinando il diffuso «fenomeno di integrazione "manipolazione" della legittimità amministrativa» (Idem, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Diritto Pubblico*, 2007, p. 430), fino ad arrivare alla giurisprudenza "creativa" (M. Nigro, *Giustizia Amministrativa - Prefazione alla III ed.*, Bologna, 1983).

<sup>60</sup> Si fa riferimento agli interventi dei relatori stranieri nell'ambito del Convegno internazionale telematico organizzato in occasione del ventennale dalla rivista *ambientediritto.it* il 16 e 17 ottobre 2020.

<sup>61</sup> Dalle colonne de *Le Figaro*, l'editorialista Renaud Girard avverte «*La recessione economica diminuirà le speranze di vita, la grandissima maggioranza degli Stati del pianeta non beneficeranno più di uno Stato-providenza che cura gratuitamente i malati. Molte famiglie si impoveriranno per la crisi e dovranno rinunciare a ricevere le cure (relative ad altre patologie) che avrebbero potuto pagare in tempi normali. Il pericolo più grave è la destrutturazione dei canali d'approvvigionamento dei prodotti agricoli, paralizzati dal confinamento dei paesi esportatori*» (*Le Figaro* del 7 aprile 2020, pag. 28).

<sup>62</sup> Grande eco hanno avuto in questi anni le teorie sulla decrescita "felice", proposte da Serge Latouche, (Id., *L'invenzione dell'economia*, Torino, 2015; in Italia, cfr. M. Pallante, *La decrescita felice. La qualità della vita non dipende dal PIL*, Roma, 2011; M. Gallegati, *Acrescita. Per una nuova economia*, Torino, 2016), secondo cui in un mondo con risorse in via di esaurimento ed una capacità di carico di antropomorfizzazione ormai non ulteriormente sopportabile dal globo terrestre, una crescita infinita è impossibile. Secondo tali AA. bisogna smontare il mito della crescita, sperimentare modi diversi di rapportarsi col mondo, con gli altri e con se stessi, cambiare prospettiva, elaborare un'altra cultura, un altro sapere e un altro saper fare, che dovrebbe contrastare il pericolo di aumento della disoccupazione di fronte alla regressione del Pil. Tuttavia, le teorie sulla decrescita, seppur suggestive non sembrano convincere. Secondo James Galbraith la sostenibilità della decrescita (posto che sia desiderabile), appare largamente indimostrata: «*la decrescita porta al disastro [...] la soluzione è una crescita lenta, stabile, di lunga durata*» (J. Galbraith, *The End of Normal*, New York, 2014). Secondo T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014, sulla base di una poderosa raccolta dati (di oltre 20 paesi e partendo dal XVIII secolo), bisogna puntare allora (come al solito) sulla diffusione del sapere: strumento questo che ci ha

controproducenti) a sconfiggere la povertà ed a promuovere una nuova mentalità economico-consumeristica<sup>63</sup>.

Lo Stato, cioè, nonostante l'enorme indebitamento, che non può essere evitato e che peserà come un macigno sulle future generazioni, risulta sempre meno capace di soddisfare le esigenze dei governati, fra i quali prendono sempre di più piede le istanze populiste di tipo "patrimonialistico"<sup>64</sup>.

In tutta Europa, la deroga transitoria ed eccezionale<sup>65</sup> ai diritti, ai poteri, alle competenze, alle procedure legali<sup>66</sup>, che apparentemente sembrerebbe la risposta più naturale e immediata alla crisi pandemica<sup>67</sup>, rischia di trasformare definitivamente lo Stato sociale e di diritto, in uno Stato eccezionale di sicurezza<sup>68</sup>.

L'enorme esperimento sociale di restrizione di massa delle libertà individuali (milioni di persone poste agli "arresti domiciliari", ovvero in una specie di TSO di

permesso di ridurre la diseguaglianza ed evitare che si avverassero le apocalittiche profezie marxiane. Sul punto si veda A. D'Andrea, *Il diritto all'istruzione come fondamento di democrazia sociale e come speranza di riscatto*, in *Articolo 33*, 5-6/2015.

<sup>63</sup> Un'altra mentalità e un altro saper fare, di cui parlano i sostenitori della decrescita, è rappresentata, ad esempio, dalla cd. *jugaad*, un vocabolo hindi che significa fare di più con meno e indica un'idea che serve a risolvere rapidamente un problema, attraverso l'antica arte di arrangiarsi (N. Radjou, J. Prabhu e S. Ahuja, *Jugaad Innovation*, Soveria Mannelli, 2014): «L'abbondanza di beni materiali anestetizza l'ingegno. Questo principio regola, spesso implicitamente, i nostri sistemi educativi: quando le risorse a disposizione dei più giovani appaiono eccessive, provvediamo a renderle scarse artificialmente. Siamo convinti che lo sviluppo delle capacità umane sia legato allo stato di necessità perciò i più avveduti tra noi, quando intendono facilitare i processi di apprendimento dei propri figli, tolgono anziché aggiungere, centellinano le disponibilità materiali anziché renderle spensieratamente accessibili. Le scuole migliori – e forse anche le migliori famiglie – sono quelle in cui il superfluo è bandito o almeno reso di difficile reperibilità» (dalla prefazione di G. Lo Storto e L. Previ). Per alcune ulteriori riflessioni sull'argomento rinvio al mio S. Budelli, *Servizi pubblici locali: verso una nuova economia sociale di "quasi-mercato"*, in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, p. 1859 ss.

<sup>64</sup> D. Reynié, 2022. *Le Risque Populiste en France*, in *www.fondalpol.org*, 2020, che evidenzia la crescente paura della popolazione occidentale di perdere il benessere acquisito. Si invoca da più parti un nuovo piano Marshall proposto stavolta dall'Unione Europea per salvare le democrazie e le economie del Vecchio continente, ma al di là delle promesse di finanziamenti e di allentamenti dei vincoli di bilancio, non si riescono a intravedere i presupposti politici per la realizzazione di un progetto ampio e ambizioso.

<sup>65</sup> Si rinvia a S. Budelli, *Il governo dell'emergenza: le ordinanze extra ordinem*, in Id. (a cura di), *La società del rischio, il governo dell'emergenza*, Tortorici, 2020, p. 77 e ss. e E. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo ad una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019.

<sup>66</sup> C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2005; G. Bascherini, *L'emergenza e i diritti*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2003; G. Treves, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e urgenza*, in *Giur. Cost.*, 1956.

<sup>67</sup> P. Ceri, *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Roma - Bari, 2003.

<sup>68</sup> Sulla trasformazione dello stato d'eccezione temporaneo in sostanzialmente permanente si legga G. Agaben, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, con uno studio non romanzato, individua, anche lui, nell'emergenza un dato costitutivo della gestione del potere ai nostri tempi, con un effetto compressivo della democrazia e, da ultimo, di mantenimento strategico dell'arbitrio decisorio economico e politico in capo a élite ristrette.

massa <sup>69</sup>), non è pensabile che possa essere senza conseguenze al termine dell'emergenza.

Qualsiasi legislazione d'eccezione, è dato notorio, infatti, non è mai priva di rischi per lo Stato di diritto, perché, come ha avuto modo di osservare il già Presidente della Corte Suprema israeliana, Aharon Barak<sup>70</sup>, (uno che di situazioni emergenziali se ne intende), essa seppur transitoria produce effetti che si protraggono ben oltre la cessazione della minaccia, diventando essa stessa un pericolo per la democrazia, perché, anche nella fisica sociale, ad ogni azione consegue una reazione<sup>71</sup>.

«Insomma, il pericolo più grave in questa situazione è che qualcuno possa pensare che si possa in fondo proseguire, anche cessato lo stato di necessità, magari teorizzando uno stato d'eccezione permanente»<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> M. G. Civinini - Giuliano Scarselli, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *Salvisiuribus*, 2020.

<sup>70</sup> A. Barak, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.* 2002, p. 3391. «La democrazia ormai matura - col tempo diventa "mite", ma pur sempre inconfessabile beneficiaria della violenza inaugurale delle rivoluzioni moderne - deve evitare di mettere indietro l'orologio della sua storia e, pur conservando un atteggiamento fermo nei confronti di chi la insidia, deve rifiutarsi di cadere nella tentazione di reagire all'insicurezza minando le regole della propria convivenza civile ed erodendo i principi etici e giuridici che la distinguono dai suoi nemici» (R. Bodei, *Sua maestà la paura*, in *Il Sole-24 Ore* del 7 agosto 2005, p. 29, in occasione del 250° anniversario della morte di Montesquieu). R. Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, 2006, a p. 43, scrive: «usiamo il concetto di diritti umani per descrivere i diritti più elementari e universali [...] Gli stati Uniti e le altre Nazioni li invocano per giustificare sanzioni estreme contro i Paesi che accusano di non rispettarli [...] non possiamo rivendicare il privilegio di ignorarli se è minacciata la nostra sicurezza perché noi stessi insistiamo nel dire che tutti gli Stati devono rispettarli, qualunque motivo abbiano per violarli». E. Denninger, *Dallo "Stato di diritto" allo "Stato di prevenzione"*, in V. Baldini - a cura di -, *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, p. 54: «Lo Stato, che pone la sicurezza come suo compito prioritario, fa una promessa che non potrà mantenere a sufficienza, ma che lo pungola permanentemente a nuove attività». Cfr. anche M. Tushnet, *Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime*, in *Wis. L. Rev.*, 273, 2003.

<sup>71</sup> Un problema molto interessante ed attuale su cui si è posta l'attenzione nel paper AA.VV., *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, in *federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 13 marzo 2020, è quello delle nuove tecnologie utilizzate nel combattere la pandemia (come ad esempio le applicazioni dell'intelligenza artificiale per il tracciamento delle persone), della privacy e dell'utilizzo dei dati, il petrolio del XXI secolo: «Quale sarà la sorte dei dati raccolti durante la fase di pericolo non è per nulla chiaro, mentre sarebbe stato opportuno stabilire *expressis verbis* la distruzione di quelli rilevati durante il periodo emergenziale. È vero che l'urgenza impone velocità, ma non vorrei che dietro la rapidità delle scelte e in questo caos generale si creassero aree grigie, da cui attingere in futuro senza un controllo legale» (F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, p. 14).

<sup>72</sup> G. Azzariti, *I pieni e solitari poteri del capo del governo extraordinem*, ne *Il Manifesto*, 19 marzo 2020, che è intervenuto per stigmatizzare le procedure "eccezionali" adottate dal Governo, esautorando il Parlamento. Sull'utilizzo di strumentazioni multimediali per assicurare, invece, anche in situazioni emergenziali la presenza attiva del Parlamento, si veda F. Clementi (a cura di), *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus)*, in *federalismi.it*, 6/2020. Tali ipotesi sono state oggetto di varie critiche e sono state accolte con freddezza anche dai politici che pure della *e-democracy* avevano fatto una bandiera (A. Cuzzocrea, *Intervista a Roberto Fico: "I parlamentari sono come i*

Vale la pena, pertanto, tornare a riflettere sul noto paradosso della democrazia<sup>73</sup>, che riesce ad autodistruggersi utilizzando proprio i sistemi democratici che essa stessa ha imposto<sup>74</sup> e, più in generale, sulla possibile transizione del governo della legge verso il governo degli uomini, specie in un contesto in cui il diritto costituzionale si configura come un insieme «*di materiali di costruzione, ma la costruzione in concreto non è l'opera della Costituzione in quanto tale, ma di una politica costituzionale che si applica alle possibili combinazioni di quei materiali*»<sup>75</sup>.

---

*medici, non possono fermarsi. Voto online? Difficile*”, in *La Repubblica*, 18 marzo 2020, a cui ha risposto S. Curreri, *Caro Fico, meglio votare da casa o mandare a casa la democrazia?*, in *Il Riformista*, 20 Marzo 2020. Dello stesso A., *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus?*, in *lacostituzione.info*, 11 marzo 2020. Sotto diversa angolatura si veda 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 - A.I.C.*, 3, 31 marzo 2020). Infine si ascolti l'interessante dibattito andato trasmesso su Facebook (e disponibile su [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it)) il 3 aprile 2020, *Parlamento aperto: a distanza o in presenza?* (Interventi di S. Curreri, V. Lippolis, N. Lupo, M. Luciani, L. Trucco, R. Calvano).

<sup>73</sup> Il pericolo di amplificazione delle falsità e la loro radicalizzazione nella società, specie nei periodi di crisi economico - sociale (come abbiamo visto sopra in base allo studio condotto da C. Sunstein, *On Rumors...*, cit.), funziona come una sindrome autoimmune per la democrazia: «*come se l'anticorpo della libera espressione del pensiero (che è insieme demo-protezione e demo-potere) così caro al pensiero liberale aggredisce se stesso: invece di produrre il vero grazie alla collisione con l'errore, la libertà di opinione genera il decadimento della verità*» (F. D'Agostini - M. Ferrera, *La verità al potere*, Torino, 2019, p. 84).

<sup>74</sup> Il 30 marzo 2020, il Parlamento di Budapest (a maggioranza assoluta) ha approvato, nel silenzio di tutte le democrazie occidentali, una legge liberticida che affida pieni poteri al Primo Ministro, Viktor Orban, introduce (tra le altre misure) il coprifuoco militare e prevede il carcere fino a 5 anni per chi diffonde fake news. A nulla è servita l'apertura della procedura d'infrazione per la violazione dell'art. 7 dei Trattati, avviata già nel 2018 dall'U.E. nei confronti dell'Ungheria e lasciata sostanzialmente cadere senza l'irrogazione di alcuna sanzione, almeno sino ad oggi. La Ue, rimasta in assordante silenzio, si ritroverà fra i suoi membri un Paese a guida di fatto dittatoriale. Solo l'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani dell'Ocse ha tiepidamente fatto osservare che pur in una situazione eccezionale, le misure emergenziali devono essere sempre proporzionate all'obiettivo e limitate nel tempo.

<sup>75</sup> G. Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari - Roma, 2003. Sugli argomenti indicati si legga il sempre attuale R. Chiarelli, *Repubblica italiana come governo degli uomini*, Torino, 2005, p. 41 e ss. Del resto, come avvertiva Rousseau nelle *Considerations sur le Gouvernement de Pologne*, dietro l'apparente impero della legge sarebbero sempre gli uomini a governare, dal momento che la norma giuridica è destinata rendere giuridico ogni imposizione autoritaria, pure quella del monarca assoluto. Anche il dittatore inizialmente viene legittimato da una norma giuridica originaria, la quale si radica in modo impersonale nel diritto. Per tali ragioni Santi Romano contestava a Kelsen l'affermazione secondo cui la norma non si possa identificare con il comando del rapinatore.

## 5. Democrazia e scienza.

«In tempi di crisi è facile sovrastimare il bisogno di sicurezza e svalutare il valore della libertà»<sup>76</sup>, perché senza sicurezza<sup>77</sup> non c'è libertà<sup>78</sup>. Come può, allora, lo Stato democratico, con le sue complesse e lente procedure, con le sue garanzie<sup>79</sup> e la sua sovranità “dematerializzata”, riuscire ad assicurare sicurezza<sup>80</sup> e libertà<sup>81</sup>? Come può

<sup>76</sup> D. Cole, *Enemy Aliens*, in *Stanford Law Rev.*, 54,2002, p. 953 e ss. «La storia costituzionale ci dimostra con tutta evidenza come la “rottura” della tutela costituzionale dei diritti e delle libertà in nome della difesa della sicurezza sia una costante ovunque e in ogni tempo» (R. Bin, *Democrazia e terrorismo*, Padova, 2007). Ed il pericolo della dittatura è sempre in agguato, come avvertiva Erodoto, raccontando la storia del tiranno Deioce, figlio di Fraorte (l'episodio è ripreso da R. Chiarelli, *La Repubblica italiana come governo degli uomini*, cit., p. 36). All'inizio la dittatura pare utile, necessaria e addirittura ineludibile (come espone Donoso Cortés nel famoso discorso pronunciato in Parlamento il 4 gennaio 1849 in difesa dei poteri straordinari concessi al generale Ramón Maria Narváez) ma poi, una volta caduti nella tela del ragno, non è possibile uscirne.

<sup>77</sup> Cfr. T. F. Giupponi, *La sicurezza come valore fondamentale*, Bologna, 2010, evidenza come la sicurezza, bene costituzionale poliedrico e polisemico (può essere declinata in senso materiale e ideale; oggettivo e soggettivo; individuale e collettivo; interno ed esterno), è entrata ordinariamente e stabilmente nel gioco del bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale, anche al di là delle fasi emergenziali.

<sup>78</sup> R. Chiarelli, *Homo oeconomicus e individuo. Contestazioni e minacce*, in P. Grasselli - a cura di -, *Economia e concezione dell'uomo*, Milano, 2007, p. 273. Il concetto è confermato da M. Walzer, *La libertà e i suoi nemici*, Bari, 2003: senza sicurezza «non è possibile nessuna forma di rappresentanza politica basata sul consenso». Non a caso l'*Encyclopédie* definisce la libertà come «quella tranquillità di spirito che ciascuno trae dalla convinzione della propria sicurezza». Non a caso, inoltre, tutte le dichiarazioni internazionali sui diritti fondamentali (sia l'art. 3 - della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, sia l'art. 6 - “Diritto alla libertà e alla sicurezza” della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2007) associano alla libertà la sicurezza (cfr. S. Negri, *Emergenze sanitarie e diritto internazionale: il paradigma salute-diritti umani e la strategia globale di lotta alle pandemie e al bioterrorismo*, in AA. VV., *Scritti in onore di V. Starace*, Vol. 1, Napoli, 2008, pp. 571-605).

<sup>79</sup> «Una democrazia deve talvolta combattere con una mano legata dietro la schiena. Tuttavia la democrazia prevale. Il principio di legalità (rule of law) e le libertà individuali costituiscono un aspetto importante della sua sicurezza. Alla fine del giorno, essi rafforzano il suo spirito e questa forza le consente di superare le sue difficoltà». Da una sentenza della Corte Suprema israeliana del 2004 riportata da V. Onida, *Le scorciatoie inaccettabili della corruzione*, in *www.lastampa.it* del 27.09.2017.

<sup>80</sup> Osserva A. Sterpa, *Libertà dalla paura. Una lettura costituzionale della sicurezza*, ESI, 2019: «Il successo della sicurezza è tale quando permette all'uomo di poter scegliere, rischiare ed evolversi senza rinchiuderlo in una "prigione di sicurezza". In questo senso il principio di sicurezza tocca e abbraccia il "diritto alla felicità" intesa non come assenza di dubbi, di scelte e di rischi, ma come consapevole volontà di gestirli responsabilmente da parte dell'individuo. Per questo non esiste tanto un diritto alla sicurezza, quanto piuttosto una libertà dalla paura che deve essere bilanciata con un diritto di scelta responsabile - quale conseguenza dell'esercizio della insopprimibile libertà individuale - su cui si fonda tanto la realizzazione soggettiva quanto l'evoluzione umana».

<sup>81</sup> Sul punto tra i tanti cfr. anche U. Beck, *I rischi della libertà*, Bologna, 2000; A. Benazzo, *L'emergenza del conflitto tra libertà e sicurezza*, Torino, 2005; J. Fest, *Conciliare libertà e sicurezza*, in *Il Sole 24 Ore del 29 dicembre 2005*, p. 11; B. Ackerman, *La costituzione d'emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, 2005; P. Ciarlo, *Sicurezza e Stato di diritto*, in V. Baldini (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; C. Bassu, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Torino, 2010; A. Pace, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Santarcangelo di Romagna, 2013; M. Valentini, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale. Teoria generale e strategia di sicurezza nazionale*, Napoli, 2017.

immaginare di garantire benessere e diritti sociali, che, nella società multietnica, aumentano costantemente in quantità e qualità? Come può in definitiva riuscire a mantenere coesione, pace sociale e sviluppo<sup>82</sup>?

Prevenzione e precauzione sono diventate le *règles de droit*<sup>83</sup> per eccellenza, il mantra di tutte le nuove normative<sup>84</sup>, capaci di prevalere su ogni altro diritto e conformare tutta l'azione della pubblica amministrazione<sup>85</sup>, tanto che si è parlato di "principio costituzionale implicito"<sup>86</sup> e di "diritto tiranno"<sup>87</sup>.

Non a caso anche in questa crisi pandemica tutte le restrizioni delle fondamentali libertà individuali e collettive sono state giustificate in applicazione di detti principi, per garantire la prevalente esigenza di sicurezza e salute (*salus populi suprema lex esto*<sup>88</sup>).

<sup>82</sup> E' davvero possibile un "ordine senza diritto", ovvero immaginare la sostituzione degli strumenti giuridici con altre forme di coercizione per ottenere coesione, sicurezza e sviluppo, come sembrano proporre R.C. Ellikson - C.M. Rose - B. Ackerman, *Prospettive sulla proprietà*, Roma, 2002?

<sup>83</sup> Cfr. C. Lében, *Le Principe de Précaution. Aspects de Droit International et Communautaire*, Paris, 2002, p. 95 ss.

<sup>84</sup> Il Codice dell'ambiente (D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152) pone il principio di precauzione tra i "principi dall'azione ambientale" (art. 3 ter); il Codice del Consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 - Parte IV "Sicurezza e qualità"); la norma sull'inquinamento elettromagnetico (Legge 22 febbraio 2001, n. 36 - art. 1); quella sugli organismi geneticamente modificati (D. Lgs. 24 aprile 2001, n. 212) e soprattutto il Codice della nuova Protezione Civile (D. Lgs. 2 gennaio 2018, n. 1).

<sup>85</sup> La L. n. 241/1990 (così come modificata con la L. n. 15/2005) stabilisce che tutta l'azione amministrativa sia conformata ai principi dell'ordinamento comunitario, tra cui appunto quelli di prevenzione e precauzione.

<sup>86</sup> G. Ragone, *Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 2/2019, p. 163; A. Zei, *Il principio di precauzione: programma, regola, metodo*, in R. Bifulco - A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro*, 2008, p. 722; A. Gragnani, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2003, p. 35, secondo cui, se si prende ad esempio il diritto alla salute (ma stesso discorso si pone per la tutela ambientale), lo Stato non attuerebbe al compito affidatogli dall'art. 32 Cost., se, in presenza di possibili rischi gravi e irreparabili, non predisponesse misure cautelative e preventive; M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 176.

<sup>87</sup> Il diritto alla salute, (contrariamente a quanto sostenuto da A. Pace, [ad vocem], *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, p. 296 e ss.: «mai potrebbe, dall'autorità pubblica, essere invocato l'art. 32 Cost. per derogare, per motivi di salute, alla portata e alle garanzie dell'art. 13 [...] non sembra che l'art. 13 possa cedere all'art. 32; pertanto tutte le restrizioni coattive per motivi di sanità devono di necessità seguire la via giurisdizionale prevista da quell'articolo») sta diventando un "diritto tiranno" in applicazione del principio di precauzione (L. Violini, *Protezione della salute e dell'ambiente «ad ogni costo»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, p. 729). Sul punto si veda la sentenza della Corte Cost. n. 85/2013 sul caso Ilva: «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. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

<sup>88</sup> «*Ollis salus populi suprema lex esto*» (Cicerone, *De Legibus*, libro III, parte III, sub. 8). Per un commento della formula ciceroniana si leggano le riflessioni di N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960. Cfr. poi anche G. Cerrina Feroni, G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore super-primario*, in *Percorsi*

## 6. Incertezza scientifica e precauzione.

Come precisato sin dal principio n. 15 della Dichiarazione di Rio di Janeiro del 1992 sull'ambiente e lo sviluppo<sup>89</sup> e poi confermato dalla Comunicazione della Commissione Europea (COM/2000/0001) del 2 febbraio 2000<sup>90</sup>, la precauzione deve essere utilizzata quando le informazioni scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte<sup>91</sup> e vi siano indicazioni in merito a possibili effetti nocivi

---

*costituzionali*, n. 1/2008, pp. 31-44; M. Dogliani, *Il voltocostituzionale della sicurezza*, in G. Coco (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, p. 6.

<sup>89</sup> Il principio di precauzione nasce in ambito internazionale: tra le prime convenzioni ad affermare la necessità di ricorrere ad un approccio precauzionale nella tutela dell'ambiente la Carta Mondiale della Natura, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 1982. Successivamente ad occuparsene sono state le Dichiarazioni delle Conferenze Interministeriali per la Protezione del Mare del Nord (1984, 1987, 1990, 1995) e la Dichiarazione di Bergen sullo sviluppo sostenibile (1990). Nel 1992 interviene la Dichiarazione di Rio di Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo, secondo la quale quando si appalesi una minaccia e quindi prima che si produca un danno grave e/o irreversibile, gli Stati devono adottare adeguate misure di salvaguardia.

<sup>90</sup> Nel 1992 anche l'U.E. introduce in materia ambientale il principio di precauzione nel proprio ordinamento con l'art. 130 R del Trattato di Maastricht: «*La politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga". Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie. In questo contesto, le misure di armonizzazione conformi a tali esigenze comportano, nei casi appropriati, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura comunitaria di controllo*». Successivamente, anche grazie all'elaborazione giurisprudenziale europea, è divenuto principio generale del diritto comunitario, in base al quale viene imposto «*alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici*» (Sentenza del Tribunale CE, sez. II ampliata, 26 novembre 2002, caso Artogodan punto 184; cfr. anche Sentenza del Tribunale CE, II sez., 21 ottobre 2003, caso Solvay).

<sup>91</sup> Una valutazione dei rischi basata su "indizi specifici" che, anche nell'impossibilità di superare una possibile incertezza giuridica, risultino idonei a calibrare la sussistenza di un livello di rischio tale da rendere necessarie misure di tutela dell'ambiente e della salute. Cfr. Corte di Giustizia, 14 luglio 1983, C-174/83 Sandoz, in Racc., 1983, p. 2445 e più di recente di recente Corte di Giustizia U.E., 13 settembre 2017, C-111/16, Fidenato, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 3, p. 827, Con commento di E. Corcione, *Emergency Measures Against GMOs between Harmonizing and Deharmonizing Trends: The Case Fidenato et al.*, in *European Papers - European Forum*, 2018, pp. 345-356; S. Pitto, *La legittimità delle limitazioni statali agli alimenti OGM alla luce del principio di precauzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2018, pp. 245-253; F. Ferri, *Corte di Giustizia dell'Unione europea e (non) applicazione del principio di precauzione alle misure provvisorie di emergenza in materia di OGM: note sulla sentenza Fidenato*, in *federalismi.it*, 15, p. 18. Cfr. infine F. Munari, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, pp. 131-153.

sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante<sup>92</sup>, incompatibili con il livello di protezione prestabilito dalla Comunità<sup>93</sup>.

In particolare, il principio di precauzione interviene quando è opportuno adottare adeguate misure, pur di fronte ad un rischio non del tutto scientificamente accertato<sup>94</sup> e si distingue dal similare principio di prevenzione, che, invece, opera quando le informazioni scientifiche sulla pericolosità e sulla nocività siano certe, concordanti e conclusive.

In altre parole, il principio di precauzione «*si differenzia da quello di prevenzione non solo quantitativamente, perché anticipa la soglia al di là della quale scattano le misure preventive, ma soprattutto, qualitativamente, perché è basato su un modo nuovo di percepire i pericoli derivanti dal progresso*»<sup>95</sup>.

Tuttavia, partendo dalla constatazione che operare una distinzione netta fra situazioni di certezza o di incertezza scientifica è operazione che spesso risulta in concreto non agevole, l'applicazione dei due principi apre ad ulteriori problematiche, che non trovano soluzioni univoche. Solo accennando ad alcune problematiche ci si è domandati: qual è il livello di rischio che si ritiene accettabile (ovviamente in continua mutazione, in base al rischio preso in esame, al bene protetto, alle variabili

<sup>92</sup> Vedi la Risoluzione sul principio di precauzione annessa alle conclusioni del Consiglio europeo, tenutosi a Nizza tra il 7 e il 10 dicembre 2000. in cui si legge che «*il principio di precauzione fa parte dei principi da prendere in considerazione nella politica della Comunità in materia ambientale; che tale principio è altresì applicabile alla salute umana nonché ai settori zoonosanitario e fitosanitario*».

<sup>93</sup> Cfr. S. Grassi - A. Gragnani, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Biotechnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, p. 152. Per S. Zorzetto, *Concetto di rischio e principio di precauzione (I parte). L'approccio precauzionale nei confronti dei rischi delle moderne società tecnologiche al vaglio del senso comune e della storia e nella sua dimensione etico-filosofica*, in *Sintesi Dialettica*, 19 ottobre 2012, sarebbe sufficiente fare riferimento al bene "ambiente", il quale comprenderebbe tutti gli esseri vivente (uomini, animali e piante) del globo terrestre. Tuttavia, C. R. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, p. 31: «*"better safe than sorry"* [...] *Cosa esattamente implica o impone il principio di precauzione? Ne esistono più di 20 definizioni e fra loro nessuna è compatibile con l'altra*».

<sup>94</sup> L'incertezza oscilla tra un'interpretazione "massimalista", tendente a vietare qualunque progetto che presenti anche solo rischi ridotti e quella "minimalista" che, invece, imporrebbe il ricorso a misure di precauzione esclusivamente in presenza di rischi seri più che probabili (F. Trimarchi, *Principio di precauzione e «qualità» dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, p. 1676; cfr. anche M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 174; Manfredi G., *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 1086; Barone, 2006; P. Savona, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, p. 355 ss.; De F. Leonardis, *Il principio di precauzione*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 413 ss.; S. Cagnetti, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 142 ss.).

<sup>95</sup> L. Giani, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. Giani - M. D'Orsogna - A. Police, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, p. 29.

spazio-temporali, alle esigenze della comunità e alle scoperte scientifiche)? Quali i soggetti deputati a valutarne la sussistenza e l'effettiva incertezza scientifica<sup>96</sup>? Quali le modalità attraverso cui tale valutazione deve avvenire? Siamo di fronte ad un principio solo procedurale, capace di indicare un metodo d'intervento per la pubblica autorità oppure è possibile attribuirgli un contenuto sostanziale proprio<sup>97</sup>?

Tutto ciò ci riporta al complesso rapporto tra diritto e scienza<sup>98</sup>, che oscilla fra gli opposti estremi della possibile "cattura" del diritto da parte della tecnica<sup>99</sup> ed invece il rifiuto della scienza e della ricerca come guida per scelte politiche consapevoli e appropriate, secondo la terribile concezione lisenkoista<sup>100</sup>. In altre parole: la scienza è ancora alleata della democrazia (per consentire una partecipazione consapevole sulla base della conoscenza), oppure è condizionata solo dall'economia, da cui dipende? La scienza, stante la sua pervasività sociale, è consapevole dei propri diritti, dei propri doveri e dei propri limiti nel rapporto con la democrazia? La tecnica, per essere benefica, dovrebbe poter essere a sua volta controllata. Ma da chi? Dalla politica, che è proprio colei che ne ha bisogno e che si presta a essere la sua naturale alleata<sup>101</sup>? Oggi che abbiamo trasformato anche l'istituzione universitaria in un esame a pagamento, quale può essere l'istituzione indipendente e garante? Si può ancora dire che gli artt. 9 e 33 della Costituzione trovino piena applicazione?

Avvertiva efficacemente Zagrebelsky: «A parte la difficoltà forse insuperabile di individuare scienziati e tecnici realmente indipendenti dagli interessi immediati da sottoporre a verifica (è un aspetto del cosiddetto "conflitto d'interessi", che è in realtà commistione

<sup>96</sup> G. Di Cosimo, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 25/2006, il quale, dal momento che l'incertezza scientifica si delinea quando vi sono tesi scientifiche in dissenso rispetto alla opinione maggioritaria, si domanda «quante tesi in dissenso occorrono perché si concretizzi la situazione di incertezza?».

<sup>97</sup> Cfr. R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018, p. XV ss.

<sup>98</sup> Cfr. L. Buffoni, A. Cardone, *Il procedimento normativo precauzionale come caso paradigmatico del ravvicinamento "formale-procedurale" delle "fonti" del diritto*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2012; S. Penasa, *La scienza come "motore" del biodiritto: diritti, poteri, funzioni*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 2/2019, p. 321.

<sup>99</sup> G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, p. 258.

<sup>100</sup> Trofim Lysenko, era un agronomo che nel periodo di massima crisi agricola dell'URSS (a seguito delle collettivizzazioni forzate e la strage dei kulaki operata da Stalin), attraverso la pratica della "vernalizzazione" prometteva di triplicare o quadruplicare la resa agricola, esponendo i semi ad alti livelli di umidità e a bassa temperatura. Fu nominato Direttore dell'Accademia Pansovietica Lenin delle Scienze Agrarie (VASCNL) dell'Unione Sovietica e da questa "cattedra" iniziò a diffondere con la "forza delle idee" (purghe, deportazioni e fucilazioni) il nuovo credo pseudo-scientifico, il cd. lisenkoismo, che negava la genetica e la selezione naturale, rifiutando l'insegnamento (scientifico) mendeliano e darwiniano.

<sup>101</sup> G. Zagrebelsky, *Decidere noi della scienza*, in *La Repubblica* del 21 febbraio 2012.

*impropria d'interessi), la prospettiva che si apre è la tutela tecnocratica sulla politica»<sup>102</sup>. In questi giorni di emergenza sanitaria non pochi si sono domandati se la politica (*id est*, il Parlamento) si fosse di fatto autosospesa, affidandosi formalmente alla “platonica Repubblica dei virologi” (veri o sedicenti tali); oppure se l'esercito degli oltre 500 tecnici, assoldati dai Ministeri, sia stato solo un *escamotage* per mascherare e legittimare le scelte prese unilateralmente dal Governo?<sup>103</sup>.*

Il difficile rapporto tra politica e scienza è così evidente oggi, che si riverbera nel conflitto tra diritto e tecnica, come dimostra il cd. “processo alla scienza”, promosso nei confronti dei componenti della “Commissione Grandi Rischi”, (attivata presso la Presidenza del Consiglio), rei di non aver avvisato per tempo la popolazione abruzzese in occasione del terremoto, che ha investito L'Aquila il 6 aprile 2009 (reato p. e p. dagli artt. 113, 589 commi 1 e 3, 590 c.p.)<sup>104</sup>.

## 7. La ragionevolezza precauzionale secondo la giurisprudenza.

La strategia di gestione dei rischi è sorretta dall'utilizzazione sempre più ampia dei principi di prevenzione e precauzione, i quali tuttavia non hanno mancato di suscitare varie critiche<sup>105</sup>: quello di prevenzione è stato definito “fumoso”<sup>106</sup>, mentre

<sup>102</sup> «Sebbene il rapporto tra la scienza e il diritto divenga cruciale per la definizione di una politica di gestione del rischio, la politica continua ad offrire un irrinunciabile contributo assiologico» A. Zei, *Il principio di precauzione: programma...*, cit., p. 721.

<sup>103</sup> D. Fassin, *La Raison Humanitaire. Une Histoire Moral du Présent*, Paris, 2010, p. 424, evidenzia come l'emergenza, giustifica tutto, consentendo al politico di prendere in totale autonomia le decisioni, parlando a nome delle vittime (il cd. “sostituzionismo”) e non ascoltando alcuna altra parte, strumentalizzando i pareri della scienza ed escludendo il controllo della giustizia.

<sup>104</sup> Il primo grado si è concluso di fronte al Tribunale di Aquila il 22.10.2012 con la condanna degli imputati. Il secondo grado, di fronte alla Corte d'Appello di Aquila, si è concluso invece il 10 novembre 2014 con l'assoluzione dei tecnici. La parola fine alla vicenda giudiziale è stata scritta dalla Cassazione che ha confermato la sentenza di II grado (Cass., IV sez., n. 12478 del 24 marzo 2016, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), 2016). Condivisibile è l'ovvio commento rilasciato dall'ex Presidente dell'Istituto nazionale di geofisica, Boschi, al termine del processo a suo carico: «Il problema fondamentale sono gli edifici, che dovrebbero essere costruiti per resistere alle scosse sismiche. Ormai in tutti i Paesi a rischio si fa attenzione a costruire in modo che resistano alle scosse sismiche, ma da noi questa forma di prevenzione non parte. Le vittime dei terremoti vengono dal crollo degli edifici, ma gli edifici non li fanno crollare i sismologi» (“Terremoto L'Aquila, Cassazione: assolti scienziati Commissione grandi rischi” in *Il Fatto Quotidiano* del 20 novembre 2015).

<sup>105</sup> A. Zei, *Principio di precauzione*, in *Digesto. Discipline giurpubblicistiche*, 2008, p. 688.

<sup>106</sup> M. Gros - G. Serges, *Il principio di precauzione dinanzi al giudice amministrativo francese*, in *Diritto e Società*, 4, 2013, p. 710: il «c.d. “principio di prevenzione” [...] invece muove dalla pretesa di una “certezza scientifica” - concetto di per sé piuttosto fumoso [...], allorché in realtà può parlarsi, al limite, di una minore

quello di precauzione è stato bollato come “vago”<sup>107</sup> e «incoerente, perché le misure regolative da adottare genererebbero, a loro volta, nuovi rischi, con effetti paralizzanti: da un lato, proibendo l'adozione di misure regolative, dall'altro, consigliando di mantenere fermo lo status quo»<sup>108</sup>. Esso, secondo i suoi detrattori, rischierebbe di creare «una situazione di conflitto con il metodo scientifico»<sup>109</sup>, di confondere l'incertezza con l'arbitrio e l'arbitrio con l'emergenza<sup>110</sup>.

Non v'è chi non veda come la difficile valutazione “prognostica”<sup>111</sup>, in cui non è affatto agevole distinguere con certezza un pericolo certo da uno incerto<sup>112</sup>, può portare all'adozione di misure precauzionali, che finiscono quasi sempre per cozzare con le libertà economiche e con quelle individuali, compresa quella di ricerca<sup>113</sup>, limitandole significativamente.

La giusta contemperazione fra gli interessi in gioco pare essere delegata soprattutto ai giudici<sup>114</sup>, che vengono chiamati ad effettuare i «*necessari compromessi*» e che «*fungono in tal modo da indispensabili (anche se scomodi) forum pubblici*»<sup>115</sup>.

La Corte Costituzionale che fino al 2002 non ha quasi mai menzionato espressamente il termine “precauzione”<sup>116</sup>, spesso usa congiuntamente i due principi,

*incertezza, ma non certo di una certezza - per la quale si possono conoscere quali danni potrebbero prodursi, ma non se effettivamente tali danni si produrranno».*

<sup>107</sup> Cfr. T. Scovazzi, *Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 699.

<sup>108</sup> S. Sunstein, *Il diritto della paura...*, cit., 2010, il quale propone di limitare l'ambito di applicazione del principio di precauzione alle situazioni di esposizione ad un rischio potenzialmente catastrofico (cd. “principio anticatastrofale”), con conseguenze non stimabili ed effetti dannosi irreversibili.

<sup>109</sup> P. Vecchia, *La scienza e il principio di precauzione: il caso dei campi elettromagnetici*, in *Analysis*, 1, 2001, p. 2.

<sup>110</sup> M. Carrer, *Come attendere gli imprevisti. Note sulle fonti del diritto e l'emergenza ambientale tra necessità e ribilanciamento*, in S. Budelli, (a cura di), *La società del rischio, il governo dell'emergenza*, Tortorici, 2020, p. 74.

<sup>111</sup> G. Zagrebelsky, *Decidere noi della scienza*, cit.

<sup>112</sup> D. Bevilacqua, *I limiti della scienza e le virtù della discrezionalità: il principio di precauzione nel diritto globale*, in G. Della Cananea (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, 2007.

<sup>113</sup> Cfr. C. Cost. sent. n. 166/2004.

<sup>114</sup> R. Titomanlio, *Il principio di precauzione...*, cit., p. 182.

<sup>115</sup> S. Jasanoff, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, p. 244; cfr. anche S. Randazzo (a cura di), *Scienza, tecnologia e diritto. Percorsi interdisciplinari fra genomica, neuroetica e corporeità*, Roma, 2011; A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011.

<sup>116</sup> La prima ordinanza in cui si richiama espressamente il principio di precauzione è la n. 182/2002. In precedenza, la sent. n. 4/2000, aveva qualificato come atto di precauzione quello di far indossare la museruola ai cani dei cacciatori. Tuttavia, anche in assenza di un preciso riferimento al principio di precauzione, si possono ricordare le seguenti sentenze della Corte: nn. 399/1996, 185/1998, 121/1999, 351/1999, 382/1999, 282/2002. Successivamente al 2002, vale la pena ricordare: le nn. 307/2003, 338/2003, 166/2004, 135/2005, 406/2005,

quasi costituissero un'endiadi, ponendosi peraltro sulla scia dell'art. 174 del Trattato CEE. Si tratta di una linea pragmatica che prende atto delle zone di contiguità fra precauzione e prevenzione e della conseguente difficoltà di delineare lo spazio proprio ed esclusivo del primo rispetto al secondo<sup>117</sup>.

Ragionevolezza e proporzionalità<sup>118</sup>, coerenza<sup>119</sup> e non discriminazione<sup>120</sup>[5], sono ovviamente i criteri che richiamano i giudici costituzionali per risolvere le vicende poste alla loro attenzione, ma le soluzioni a cui arrivano non mostrano percorsi sempre del tutto lineari e coerenti, come si cercherà (seppur in modo non esaustivo) di evidenziare di seguito.

Con le sent. nn. 282/2002 e 406/2005, la Corte Costituzionale, al fine di evitare "eccessi cautelari", si è limitata a controllare che, alla base dell'atto legislativo, sia stata condotta un'adeguata istruttoria, con dati scientifici acquisiti da accreditate istituzioni di ricerca, così come prevedeva anche la giurisprudenza comunitaria.

Con le sentenze n. 382/1999 e 407/2002 era stato però dichiarato legittimo un intervento legislativo regionale, che prevedeva standard di tutela della salute e dell'ambiente più elevati rispetto alla normativa quadro statale, a discapito di confliggenti interessi nazionali e anche senza la necessità di alcuna prova scientifica o alcuna esplicita istruttoria<sup>121</sup>. Tuttavia, con le sent. nn. 331/2003, 338/2003 e 166/2004, i giudici si propongono di salvaguardare gli equilibri economici concorrenziali sul territorio nazionale, dichiarando le norme regionali più restrittive illegittime. Con la

116/2006, 104 e 105/2008, 235/2009, 248/2009, 85/2013, 83/2015, 84/2016, 267/2016, 98/2017, 170/2017, 232/2017, 240/2017.

<sup>117</sup> Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n.116/2006 in materia di OGM (ovvero sulla coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica) che ammette come legittimi i limiti posti alla libertà di iniziativa economica per evitare «danni sproporzionati all'ambiente e alla salute... sulla base dei principi di prevenzione e precauzione».

<sup>118</sup> Cfr. U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, p. 389 ss. Il principio di proporzionalità, che dovrebbe governare tutte le azioni e i processi amministrativi dell'intera Unione e di tutte le autorità nazionali, prevede la gradazione delle misure che devono essere adeguate al livello di protezione richiesto.

<sup>119</sup> In base al principio di non discriminazione – che rappresenta uno dei capisaldi del diritto europeo e dell'integrazione politica dell'Unione – fattispecie analoghe devono essere affrontate in modo simile e situazioni differenti in maniera diversa, sicché le misure applicate rispondano ai criteri dell'equità e della non discriminazione. Per approfondimenti, cfr. M. Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare: profili critico-ricostruttivi*, Milano, 2006, p. 86 e ss.

<sup>120</sup> Secondo il principio di coerenza le misure devono essere uniformi ad altre, già adottate in fattispecie analoghe o equivalenti, ovvero utilizzando approcci similari.

<sup>121</sup> Cfr. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione ...*, cit., p. 240.

sent. 116/2006, in tema di organismi geneticamente modificati<sup>122</sup>, la Corte ha affermato che la libertà di iniziativa economica, può essere limitata anche sulla base di indicazioni scientifiche non conclusive e concordanti, ma provenienti da «istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici». Tale orientamento è stato confermato dalla CGEU<sup>123</sup>, che ha stabilito la correttezza dell'adozione delle misure di eradicazione intese come "necessarie", "appropriate" al caso concreto e "proporzionali" rispetto al fine da raggiungere, rappresentato dalla eliminazione del rischio di diffusione del batterio nell'intero territorio europeo. Tuttavia, in questa occasione non si è mancato di evidenziare in dottrina<sup>124</sup> la disparità di trattamento tra i ricorrenti e la Commissione: ai primi è stata contestata l'assenza della prova (diabolica) capace di suffragare l'insussistenza del nesso di causalità tra la presenza del batterio ed il disseccamento degli ulivi; alla Commissione, invece, non è stato richiesto nessun onere probatorio per avvalorare la propria tesi. Inoltre, veniva contestata la sproporzione tra lo strumento utilizzato (totale eradicazione delle piante a prescindere dal loro stato) e l'obiettivo (impedire la diffusione del batterio), nonché l'assenza di qualsiasi previsione risarcitoria che potesse almeno in parte compensare il danno subito dai proprietari delle piante.

Accertamento nel merito, invece, veniva compiuto successivamente con la sent. n. 83/2015, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della sovratassazione delle sigarette elettroniche non contenenti nicotina<sup>125</sup>. Peraltro, esito opposto ha avuto il caso deciso con la sent. n. 240/2017 (sempre in tema di sigarette elettroniche), secondo cui «la finalità secondaria di tutela della salute propria dell'imposta di consumo, che già di

<sup>122</sup> Sul principio di precauzione in relazione agli OGM fra i tanti si vedano: L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, 2004; L. Scaffardi, *Principio di precauzione e ingegneria genetica nella catena alimentare*, in R. Bifulco - A. D'Aloia (a cura di), *cit.*, p. 659 ss.; G. Ragone, *La disciplina degli OGM tra Unione Europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni scientifiche controverse?*, in *BioLaw Journal*, 1, 2015, p. 119; L. Trucco, *OGM: Profili di diritto internazionale e comparato*, in P. Costanzo (a cura di), *Organismi geneticamente modificati: una prospettiva giuridica*, Genova, 2016, p. 47 ss.

<sup>123</sup> Corte di Giustizia, 9 giugno 2016 C- 78/16, 79/16 in *Resp. civ. prev.*, 6, 2016, p. 2006, chiamata a pronunciarsi sulle domande di pronuncia pregiudiziale, sollevata dal Tar del Lazio, in merito alla Decisione di esecuzione UE 2015/789 della Commissione del 18 maggio 2015, avente ad oggetto misure per combattere l'introduzione e la diffusione, sull'intero territorio europeo, del batterio della c.d. *Xylella fastidiosa*.

<sup>124</sup> Cfr. R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento ...*, *cit.*, p. 111.

<sup>125</sup> D. Servetti, *Ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche, principio di precauzione e scienza privata del giudice costituzionale. Nota alla sentenza della Corte n. 83 del 2015*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, p. 11 e anche S. Grassi - A. Gragnani, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, *cit.*, p. 157

*per sé giustifica l'imposizione sui prodotti nicotinici, legittima anche l'eventuale effetto di disincentivo, in nome del principio di precauzione, nei confronti di prodotti che potrebbero costituire un tramite verso il tabacco».*

Con la sent. n. 85/2013 sul caso Ilva, la Corte ha rigettato la questione di legittimità sollevata contro l'autorizzazione governativa alla prosecuzione temporanea dell'attività produttiva dello stabilimento di Taranto, in quanto il bilanciamento tra gli opposti diritti (quello alla salute e alla tutela ambientale vs. il diritto al lavoro e all'attività produttiva), doveva presumersi ragionevolmente compiuto sulla base del recepimento da parte dell'acciaieria dei più stringenti criteri di protezione ambientale utilizzabili "sulla base delle migliori tecnologie disponibili".

In definitiva, come ricordato dal Presidente della Corte Cartabia, ogni volta che si debbano fare scelte sull'applicabilità dei diritti fondamentali (e quindi anche in caso di scelta operata in base all'applicazione del principio di precauzione): «*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, ponderando la tutela di ciascuno di essi con i relativi limiti*»<sup>126</sup>.

Sulla scia degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale ed europea, si sono mossi pure i giudici di merito italiani<sup>127</sup>, che hanno riconosciuto il ruolo fondamentale a cui è assunto il principio di precauzione nella gestione amministrativa.

Per sintesi si richiama l'attenzione sulla nota sentenza del Consiglio di Stato n. 6250/13<sup>128</sup>, che ha elaborato un vero e proprio «*decalogo di regole per una corretta applicazione del principio di precauzione*»<sup>129</sup>, ad utile uso delle pubbliche amministrazioni.

<sup>126</sup> M. Cartabia, *Relazione annuale 2019*, 28 aprile 2020, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>127</sup> Tra le tante si vedano: Tar Molise, sentenza 15 marzo 2017, n. 82 in *Foro amm.*, 2017, 3, p. 762; Consiglio di Stato, sentenza 18 maggio 2015 n. 2495/15 in *Foro amm.*, 2015, 5, p. 1415; Consiglio di Stato, sentenza 14 aprile 2016, n. 1509 in *Foro Amm.*, 2016, 4, p. 812; Consiglio di Stato, sentenza 12 febbraio 2015, n. 757 in *Riv. giur. ed.*, 2015, 3, I, p. 490; Tar Lazio, sentenza 3 giugno 2015, n. 7782 in *Riv. giur. ed.*, 2015, 4, 1, p. 793; Consiglio di Stato, sentenza 27 dicembre 2013, n. 6250 in *Riv. giur. ed.*, 2014, 1, I, p. 106; Consiglio di Stato, sentenza 6 maggio 2013, n. 2446 in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 5, p. 1278; Tar Abruzzo, sentenza 3 ottobre 2012, n. 403 in *Foro amm. - TAR*, 2012, 10, p. 3218; Consiglio di Stato, sentenza 22 luglio 2005, n. 3917 in *Foro it.*, 2006, 7-8, III, p. 402.

<sup>128</sup> Consiglio di Stato, sentenza 27 dicembre 2013, n. 6250, in *Riv. giur. ed.*, 2014.

<sup>129</sup> G. Monaco, *Dal Consiglio di Stato quasi un "decalogo" sull'applicazione del principio di precauzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 5, p. 551.

In conclusione, pur nella difficoltà di individuare delle coerenti linee di comportamento da utilizzare nelle variegate decisioni precauzionali che la P.A. è chiamata a prendere, il fondamentale principio di ragionevolezza costituisce la bussola di orientamento. Quest'ultimo, già richiamato dall'art. 174, par. 3 del Trattato<sup>130</sup>, è il criterio prioritario che deve indirizzare le scelte di tutti decisori pubblici (compresi i giudici), indicando una corretta prassi procedurale<sup>131</sup>, che non elimina però la difficoltà della scelta.

La ragionevolezza è constatata quando: 1) vengono raccolti dati tecnico-scientifici, ancorché incerti, attraverso un'adeguata attività istruttoria utile a garantire una proporzionale valutazione del rapporto costi e benefici<sup>132</sup>; 2) vengono prese decisioni limitate nel tempo, in attesa dell'acquisizione di dati tecnici certi e definitivi.

La ragionevolezza cioè si raggiunge con una necessaria e piena attività istruttoria, garantendo la possibile emendabilità, ma anche attraverso la trasparenza, il pluralismo ed il contraddittorio<sup>133</sup>.

A tal proposito si richiama l'attenzione su una sentenza del Consiglio di Stato che impone, in questi casi, se possibile addirittura una maggiore trasparenza con il più ampio coinvolgimento dei cittadini: «*la giuridicizzazione e la conseguente giustiziabilità*

<sup>130</sup> L'art. 174, par. 3 stabilisce: «*Nel predisporre la sua politica in materia ambientale la Comunità tiene conto: dei dati scientifici e tecnici disponibili, delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni della Comunità; dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione; dello sviluppo socio-economico della collettività nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni*».

<sup>131</sup> Vedi sul punto S. Bartolomei, *Il principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?* in *Biotetica*, 2001, p. 321. Cfr. anche S. Grassi, *Prime osservazioni sul principio di precauzione nel diritto positivo*, in *Dir. gest. Amb.*, 2001, p. 53; P. Vineis - M. Ghisleni, V. Ricciardi, *Sulle giustificazioni scientifiche del principio etico di precauzione*, in *Notizie di Politeia*, 2002, p. 102; G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2004, p. 1081; A. M. Princigalli, *Il principio di precauzione: "danni gravi e irreparabili" e mancanza di certezza scientifica*, in *Il diritto dell'agricoltura*, 2004, p. 152; F. Trimarchi, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1676; M. Gestri, *La portata normativa del principio di precauzione nel diritto comunitario: gestione politica del rischio e controllo giurisdizionale*, in *Id.* (a cura di), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, p. 477.

<sup>132</sup> L'applicazione di misure precauzionali è condizionata dal «*preventivo svolgimento di una valutazione quanto più possibile completa dei rischi calata nella concretezza del contesto spazio temporale di riferimento [...] che riveli indizi specifici i quali, senza escludere l'incertezza scientifica, permettano ragionevolmente di concludere, sulla base dei dati disponibili che risultano maggiormente affidabili e dei risultati più recenti della ricerca internazionale, che l'attribuzione di tali misure è necessaria al fine di evitare pregiudizi all'ambiente o alla salute*».

<sup>133</sup> Sul punto c'è addirittura chi parla (L. Marini, *Il principio di precauzione ...*, cit., p. 323) di «*democratizzare l'expertise scientifico*» ed evidenzia l'esigenza di «*di assicurare una corretta e trasparente comunicazione scientifica, volta ad includere, ove possibile, la partecipazione della società civile alle decisioni che possono porsi alla base delle trasformazioni sociali e che possono rivelarsi suscettibili di ledere taluni diritti fondamentali dell'uomo*». Si veda anche R. Titomanlio, *Il principio di precauzione ...*, cit., p. 257.

del principio di precauzione passano così attraverso la necessità di riconoscere canali istituzionali di coinvolgimento dei cittadini delle loro formazioni sociali e delle loro comunità di riferimento, nell'esercizio della funzione di amministrazione del rischio, sia a livello comunitario che a livello nazionale»<sup>134</sup>.

## 8. Il mito della ragionevolezza, il potere della verità.

È evidente che, in assenza di dati scientifici certi, decidere quale, fra due interessi costituzionalmente garantiti e protetti, far prevalere, è questione molto difficile e complessa, sia per la politica, che per la P.A., che, alla fine, per i giudici.

Si pensi alle decisioni sopra esposte nelle quali la Corte Costituzionale è stata chiamata a valutare, senza il supporto di chiare e sicure indicazioni scientifiche, la pericolosità della diffusione di organismi geneticamente modificati o delle emissioni di onde elettromagnetiche, la necessità di chiudere impianti strategici nazionali (Ilva di Taranto) o l'abbattimento a livello regionale di tutti gli olivi (a causa della cd. Xylella), la commercializzazione delle sigarette elettroniche o di un prodotto alimentare, di un medicinale o di una pratica sanitaria, ecc...

Per evidenziare l'importanza salvifica del principio di precauzione, è stata ricordata<sup>135</sup> l'intuizione del Dott. Snow - priva allora di alcun riscontro scientifico -, che consentì nel 1854 di debellare in poco tempo il colera scoppiato in un quartiere di Londra<sup>136</sup>.

Ma nella storia quante altre (apparentemente) plausibili intuizioni, quasi imposte dalla necessità e dall'emergenza, che in nome della precauzione si sono o avrebbero potuto essere utilizzate, si sono poi rivelate errate, fallaci e addirittura disastrose<sup>137</sup>. Si

<sup>134</sup> Consiglio di Stato, sentenza 27 dicembre 2013, n. 6250, *cit.*.

<sup>135</sup> F. De Leonardis, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *federalismi.it*, n. 21/2006, p. 1.

<sup>136</sup> Il Dott. Snow, in assenza di risultanze scientifiche, ipotizzò che il veicolo di contagio fosse l'acqua proveniente da una fonte posta nel quartiere di St. James; le autorità, non sapendo cosa altro fare, decisero di seguirlo, proibendone l'utilizzo e salvando così migliaia di vite umane. Solo trent'anni dopo (1884) Koch dimostrò la fondatezza scientifica di quell'intuizione precauzionale.

<sup>137</sup> A. Kucharski, *The Rules of Contagion. Why Things Spread and Why They Stop*, Londra, 2020, in un libro scritto in fretta e per molti aspetti criticabile, alla fine conclude, con onestà intellettuale, «nell'analisi dell'epidemia i momenti più significativi non sono quelli in cui abbiamo ragione, ma quando ci rendiamo conto di aver sbagliato». A tal proposito chi non ricorda gli errori compiuti dalla scienza all'epoca della famosa peste di Milano del 1630 e le critiche di Manzoni allo «scienziato» del tempo, Don Ferrante, la cui boria lo porterà «a morire, come un eroe di Metastasio, prendendosi con le stelle», mentre la sua «famosa [ma inutile] libreria

pensi al caso “Di Bella” ormai risalente a qualche anno fa: di fronte all’incapacità della scienza di trovare una medicina efficace nella lotta ai tumori e all’opzione fra una morte certa ed una speranza (seppur illusoria), chi - trovandosi nella necessità - non avrebbe voluto provare come ultima spiaggia (in modo cioè precauzionale, almeno fino a quando la scienza non avesse fatto i dovuti approfondimenti) il “cocktail vitaminico” del professore, infischandosene degli avvertimenti delle istituzioni sanitarie pubbliche che negavano qualsiasi efficacia (al di là forse di un benefico effetto placebo) alla nuova terapia proposta ed invitavano i malati a proseguire invece le “scientifiche” cure chemioterapiche? Di fronte ai “ni” della giurisprudenza di merito (chiamata a pronunciarsi attraverso procedimenti d’urgenza ex art 700 cpc), che a volte negava e a volte accoglieva la richiesta di copertura finanziaria pubblica ai costosi farmaci prescritti dal prof. Di Bella, chi può dimenticare le battaglie politiche, i dibattiti dottrinali e soprattutto le insurrezioni popolari alla ricerca del capro espiatorio, del complotto... del colpevole?

E allora posta la difficoltà di ogni decisione (viepiù se precauzionale), la politica non può sottrarsi alle proprie responsabilità e non può lasciare ai tecnici<sup>138</sup> (prima) o ai giudici (poi) le scelte che, invece, in definitiva, le competono («*il rischio tollerabile deve sempre essere una scelta politica*»<sup>139</sup>).

---

[verrà] *dispersa su per i muriccioli*». E chi non ricorda, solo per citarne alcune, le teorie pseudo-scientifiche dei terribili Lombroso, in medicina legale, o di Lysenko, in agricoltura.

<sup>138</sup> Individuare «*apparati stabili ben visibili cui deve essere affidato il compito di procurarsi definitivamente su questioni tecnico - scientifiche complesse, non controllabili sino in fondo né da parte del giudice né da parte dell’amministrazione*» (F. Salvia, *Considerazioni su tecnica ed interessi*, in *Dir. pubb.*, 2002, p. 603) appare questione fondamentale, così come si è cercato di fare nella nuova legge sulla Protezione Civile (D.Lgs. 1/2008) che tuttavia alla prova della crisi sanitaria Covid-19 non sembra avere funzionato.

<sup>139</sup> Cfr. G. Di Cosimo, *Corte costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 marzo 2015, 4. Sul punto anche A. Napolitano, *L’evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo*, in *De Iustitia*, n. 1, 2019, p. 82: «*Per questo motivo è stato evidenziato come il principio di precauzione, per il ruolo “di modello per la gestione dei rischi legati alle situazioni di incertezza scientifica” (G. Morbidelli, Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell’ambiente, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio - a cura di -, Ambiente e diritto, II, Città di Castello, 1999, p. 307), non possa essere considerato alla stregua di una sostanziale regola di giustizia, sindacabile in sede giurisdizionale, ma debba fungere quale strumento di garanzia, giuridica e politica, nell’ambito dei rapporti tra istituzioni, imprese, cittadini e comunità scientifica*». Infine, si richiamano ancora le riflessioni di D. Fassin, *La Raison Humanitaire...*, *cit.*, sui rischi e la complessità delle decisioni politiche emergenziali.

Quando vengono coinvolte questioni economiche e sociali, che esorbitano gli aspetti meramente giuridici o meramente tecnici (che come detto, nel caso di specie, sono incerti)<sup>140</sup> la sintesi non può che spettare al decisore politico.

Le scelte delle autorità, in ogni caso, devono essere prese non strumentalizzando la paura, la scienza, la comunicazione. In buona sostanza, i governanti (ovviamente) dovrebbero decidere non per lucrare un vantaggio politico immediato, ma per guidare fuori dall'emergenza la comunità. In casi eccezionali è richiesta ancor più razionalità, capacità e coraggio: occorre uno sguardo se possibile presbite, - come ha sollecitato Zagrebelsky<sup>141</sup>-; occorre la consapevolezza che il diritto che nasce dalla crisi può essere una irripetibile occasione di ricostruzione dell'organizzazione sociale. In una crisi è sempre necessario intravedere un'occasione, una sfida, la possibilità di un rilancio, piuttosto che un ripiegamento: la chiusura di un vecchio ordine costituisce l'opportunità per crearne uno nuovo<sup>142</sup>.

Ma tutto ciò sollecita la necessità di tornare a riflettere, specie nelle moderne democrazie iper-comunicative, sul concetto di verità<sup>143</sup>, come uno dei problemi più rilevanti dell'oggi<sup>144</sup>.

<sup>140</sup> «Il principio di precauzione permette alle istituzioni comunitarie di adottare, nell'interesse della salute umana, ma sulla base di conoscenze scientifiche ancora lacunose, misure di protezione che possono ledere, finanche in modo profondo, posizioni giuridiche tutelate e, a questo proposito, conferisce alle istituzioni un margine discrezionale notevole» (Tribunale di Primo Grado, sentenza 11 settembre 2002, T-13/99, Pfizer Animal Health SA c. Consiglio dell'Unione Europea, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).. Cfr. anche Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 2003, C-236/01, Monsanto Agricoltura Italia Spa, in *Racc.*, 2003, I, p. 8105; Tribunale di Primo Grado, sentenza 28 giugno 2005, T-158/03, Industrias Quimicas des Valles, SA c. Commissione, in *Racc.*, 2005, II, p. 2425).

<sup>141</sup> G. Zagrebelsky, *Decidere noi della scienza*, cit.. Non a caso il modo di osservare i fatti differenzia i politici dagli statisti. E allora la democrazia post Covid o «sarà capace di reiventarsi in forma radicalmente nuova o gli esseri umani finiranno per vivere in una dittatura digitale» (Y. N. Harari, *21 lezioni per il XXI secolo*, Firenze – Milano, 2019).

<sup>142</sup> Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, p. 12 ss. E allora la democrazia post Covid o «sarà capace di reiventarsi in forma radicalmente nuova o gli esseri umani finiranno per vivere in una dittatura digitale» (Y. N. Harari, *21 lezioni per il XXI secolo*, Firenze - Milano, 2019). Sul punto si veda A. D'Andrea, *La prospettiva della democrazia costituzionale in Italia e in Europa*, in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, p. 2265 ss.

<sup>143</sup> Per una disamina del concetto di verità in filosofia cfr. AA. VV., *Unificare la filosofia della verità*, Berlino, 2015.

<sup>144</sup> Partendo dalle teorie platoniche della *mimesis*, (secondo cui il mondo empirico è solo imitazione del mondo delle idee) e proseguendo attraverso la tradizione giuridica romana (che distingueva il *verum* dal *verius*, su cui si legga M. T. Fögen, *Storie di diritto romano. Origine e devoluzione di un sistema sociale*, Bologna, 2005, p. 77), K. Popper (*Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Milano, I, 1998, p. 383 e ss.), finiva per sostenere che il falso è più sicuro del vero.

Come insegna Kurosawa nel film *Rashomon* del 1950<sup>145</sup>, la verità è sempre soggettiva e perciò se intesa in senso dogmatico-assoluto<sup>146</sup> è certamente un pericolo per le democrazie (solo l'uomo della Provvidenza ha sempre ragione, come abbiamo purtroppo già sperimentato<sup>147</sup>).

I filosofi antichi, infatti, sostenevano che la democrazia è nemica della verità<sup>148</sup> e da ciò conseguiva che era bene disfarsi della prima e rimanere amici della seconda. Anche recentemente invertendo gli addendi, si è sostenuto (e con un certo seguito), che la verità è nemica della democrazia e che per salvare quest'ultima bisogna opportunamente abbandonare la prima<sup>149</sup>.

J. S. Mill<sup>150</sup>, invece, aveva evidenziato come, attraverso l'attuazione di tolleranza e libertà, (capaci insieme di assicurare quantomeno la riduzione dell'errore), si realizza la virtuosa connessione tra democrazia e verità<sup>151</sup>: se la democrazia è il governo attraverso la discussione, ovvero attraverso l'esposizione di opinioni diverse<sup>152</sup>, è

<sup>145</sup> Il film, premiato con il Leone d'Oro alla Mostra del Cinema di Venezia nel 1951, mostra vari personaggi che forniscono versioni soggettive, alternative, egoistiche e contraddittorie dello stesso fatto.

<sup>146</sup> Nel pensiero dogmatico, «una proposizione è un risultato fisso» (G. W. F. Hegel - trad. E. De Negri -, *Fenomenologia dello spirito*, I, Roma, 2001, Prefazione, p. 33): a differenza della conoscenza giuridica, in quella matematica è solo il risultato che conta; ottenuto il risultato la dimostrazione si dilegua ed il teorema costituisce il vero (p. 37).

<sup>147</sup> Sul parallelismo tra assolutismo filosofico e politico si veda H. Kelsen (trad. F. L. Cavazza), *Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica*, in *Democrazia e cultura*, Bologna, 1955, p. 119 e ancora Id. (a cura di M. Barberis), *La democrazia*, Bologna, 1998, p. 147 e ss. Sul rilievo che le teorie dei principi-valore hanno avuto nell'istaurazione del regime nazista si veda F. Neumann, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973, p. 288 ss.

<sup>148</sup> Aristotele e Platone, come noto, erano amici della verità e nemici della democrazia, perché il primo male della democrazia, secondo gli antichi, era proprio il modo erroneo, fuorviante, irrazionale, in cui gli uomini democratici, parlano ingannano e si autoingannano.

<sup>149</sup> G. Vattimo, *Addio alla verità*, Milano, 2009; R. Rorty, *Verità e libertà. Conversazioni con Richard Rorty*, Massa, 2008.

<sup>150</sup> Cfr. J. Elkins - A. Norris, *Truth and Democracy*, Philadelphia, 2012.

<sup>151</sup> Sul punto si veda K. Jasper, *Della verità. Logica filosofica*, [1947], Milano, 2009: in democrazia l'unicità e al contempo la pluralità delle verità si accordano nella tensione continua verso il tentativo di raggiungere la Verità, totale e definitiva, che tuttavia è evidentemente irraggiungibile.

<sup>152</sup> Opinioni che possono essere vere, false, quasi vere o quasi false come evidenzia M. Lynch, *Truth as One and as Many*, Oxford, 2009. La problematica della sostituzione della ricerca della verità ideale o di fatto con la ricerca del rigore argomentativo è stata limpidamente illustrata da N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Torino, 1950, p. 300 e ss. Interessante sul punto rivedere anche la concezione lacaniana di verità intesa come processo biunivoco di ascoltare/ricevere su cui cfr. B. Romano, *Ortonomia della relazione giuridica*, Roma, 1997, p. 239 e ss.

capace di avvicinarci alla irraggiungibile verità assoluta<sup>153</sup>. La trasparenza, come noto, è condizione necessaria per la democrazia<sup>154</sup>.

Eppure, anche in questa crisi pandemica, al di là delle polemiche sulla strumentalizzazione della paura, sul rispetto delle regole democratiche, dello stato di diritto e del principio di legalità, sul ruolo e sul potere della scienza (limitandoci alle questioni connesse a quella della verità), molto si è polemizzato anche sulla trasparenza, a partire dal negato accesso agli atti presupposti dei noti DDPCM emergenziali.

La questione è sfociata in un giudizio proposto dalla Fondazione Einaudi di fronte ai giudici amministrativi: il Tar del Lazio (Sezione Prima Quater) con sentenza n. 8615/20 del 22 luglio 2020 ha ordinato alla Presidenza del Consiglio - Dipartimento della Protezione Civile di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia della documentazione richiesta con l'istanza di accesso, perché dopo aver evidenziato la necessità della trasparenza in ragione di plurime normative nazionali ed europee (vieppiù nel caso di atti emergenziali limitativi delle libertà individuali), conclude con due osservazioni:

a) *«Per completezza, giova evidenziare che l'Amministrazione ha opposto all'ostensione dei richiamati verbali solo motivi "formali" attinenti alla qualificazione degli stessi come "atti amministrativi generali", ma non ha opposto ragioni sostanziali attinenti ad esigenze oggettive di segretezza o comunque di riservatezza degli stessi al fine di tutelare differenti e prevalenti interessi pubblici o privati (v., ad esempio, T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, 16/11/2018, n. 11125), tali da poter ritenere recessivo l'interesse alla trasparenza rispetto a quello della riservatezza (da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen., 02/04/2020, n. 10)».*

b) *«La stessa Amministrazione nell'atto impugnato dopo aver espresso il diniego di accesso ai richiedenti ha concluso con formula illogica e contraddittoria precisando che "in ogni caso, resta salva la facoltà per questa Amministrazione di valutare l'ostensibilità, qualora ritenuto opportuno, di tali verbali al termine dello stato di emergenza"».*

La sentenza di prime cure appellata, è stata sospesa dal Consiglio di Stato con decisione del 1° agosto 2020, la quale, tuttavia, pur in sede cautelare, ha evidenziato,

<sup>153</sup> Giambattista Vico, secondo l'interpretazione tomistica sull'*adaequatio rei et intellectus*, ci ricorda che solo in Dio *verum et factum convertuntur* (cfr. A. Donati, *Elementa juris naturalis*, Napoli, 1990, p. 237 e ss.).

<sup>154</sup> A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano, 2011. «Possiamo dire che la verità è "necessaria" per la democrazia, ma non come il cibo per la vita, bensì come l'acqua per la pioggia: è il materiale costituente, ciò che informa e modella tutte le sue articolazioni» (F. D'Agostini - M. Ferrera, *La verità al potere*, cit., p. 40)

tra l'altro: «Non si comprende, proprio per la assoluta eccezionalità di tali atti, rispetto alle categorie tradizionali invocate in senso opposto dalle due parti, perché si debba includere tali atti atipici nel novero di quelli sottratti alla generale regola di trasparenza e conoscibilità da parte dei cittadini, giacché la recente normativa – ribattezzata “freedom of information act” sul modello americano – prevede come regola l'accesso civico e come eccezione – tra cui questi atti atipici non possono essere inclusi né per analogia né per integrazione postuma della norma – la non accessibilità di quelle sole categorie di atti che, trattandosi di eccezione alla regola, devono essere interpretate restrittivamente; è stato peraltro chiarito che le norme sull'accesso civico generalizzato e quelle sull'accesso documentale vanno congiuntamente considerate come complesso regolatore che non restringe ma globalmente amplia la trasparenza e quindi il diritto di partecipazione del cittadino».

All'udienza di merito del 10 settembre 2020, è cessata la materia del contendere, perché finalmente la Presidenza del Consiglio (appellante) si è decisa a consegnare la documentazione richiesta e ha rinunciato al ricorso. Del resto anche la CEDU<sup>155</sup> ha ribadito più volte che lo Stato è obbligato in base all'art. 10 del Trattato ad assicurare informazioni dettagliate ad ogni individuo per una corretta valutazione dei rischi per la propria vita e la propria salute e a predisporre un efficiente assetto legislativo idoneo a scongiurare ogni minaccia nei confronti di tale diritto. L'inosservanza di questo obbligo di trasparenza determina una causa di diritto internazionale (autonoma rispetto a quella eventualmente nazionale) volta ad accertare la conseguente responsabilità patrimoniale<sup>156</sup>.

<sup>155</sup> CEDU, 11 ottobre 2011, ricorso n. 5056/10 in *echr.coe.int*; in cui si richiama la propria giurisprudenza in materia di diritto al rispetto della vita privata, tutelato dall'articolo 8 della Convenzione. Cfr. anche CEDU, 3 novembre 2011, ricorso n. 57813/10 in *Ragiusan*, 2012, 335, p. 190; CEDU, 5 dicembre 2013, ricorso n. 32665/10 in *echr.coe.int*; CEDU, 5 settembre 2017, ricorso n. 61496/08 in *Ridare.it*, 27 dicembre 2017. Per una più ampia disamina della giurisprudenza CEDU in materia di rischio per la salute si rinvia a C. Hilson, *Risk and The European Convention on Human Rights: Towards a New Approach*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2009, p. 353; O. W. Pedersen, *The Ties that Bind: The Environment the European Public Law*, 4, 2010, p. 571.

<sup>156</sup> La responsabilità va accertata considerando «tutte le circostanze del caso concreto, avendo riguardo, tra l'altro, alla legittimità delle azioni e omissioni, al procedimento decisionale seguito, all'effettivo svolgimento di analisi e studi appropriati, alla complessità della vicenda. L'estensione delle obbligazioni positive imputabili allo Stato dipenderanno, infine, dall'origine delle minacce e dall'intensità con cui il rischio è suscettibile di essere mitigato». In dottrina per un esame del rapporto responsabilità patrimoniale e principio di precauzione si veda, tra i tanti, E. Al Mureden, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità civile*, Bologna, 2008.

In conclusione, se non possiamo eliminare la verità (come vorrebbero i filosofi cd. nichilisti<sup>157</sup>) è evidente che nelle moderne democrazie digitali anche i giuristi devono tornare a fare i conti con questo valore<sup>158</sup>, magari promuovendo nuovi diritti o certamente rafforzando quelli esistenti.

C'è chi a questo proposito sostiene la necessità di un nuovo dibattito per l'affermazione di "difficili" (nella concreta applicazione) diritti cd. "aletici"<sup>159</sup>, tra cui, il diritto ad essere correttamente informati (che è già costituzionalizzato dall'art. 21 Cost., così come è già iniziata una battaglia contro le *fake news* - di cui abbiamo dato conto in precedenza -, che tuttavia sembra ancora del tutto inefficace visto il loro imperversare sulla rete), il diritto a ricevere un'adeguata educazione (capace almeno di insegnare il metodo scientifico e stimolare l'interesse alla conoscenza<sup>160</sup>), il diritto ad una scienza affidabile (obiettivo che, però, non si ottiene con la commercializzazione del sapere, né tantomeno con la privatizzazione e la burocratizzazione del sistema educativo<sup>161</sup>).

Al di là dei proposti diritti "aletici", che ovviamente costituiscono un cantiere aperto, bisognerebbe partire dall'esigere una nuova consapevolezza circa il valore del bene-verità, partendo dalla politica fondata su partiti effettivamente democratici<sup>162</sup>,

<sup>157</sup> Sulla questione si scontrano in filosofia due opposte fazioni: i cd. nichilisti (che sostengono che la verità non esiste) e gli anti-nichilisti. Questi ultimi, sulla base della tradizione storico-filosofica maggioritaria, sostengono che dall'asserzione assoluta e categorica "la verità non esiste", invece, si deduce proprio l'esistenza di una qualche verità (appunto "la verità non esiste" sarebbe essa stessa una verità). Tuttavia, non si può negare, come sostengono i nichilisti post-modernisti, che il concetto che chiamiamo "verità" sia complesso: certamente genera paradossi, contrasti, controversie; Esso potrebbe essere inteso come un potere malefico e divisivo, ma potrebbe essere ovviamente valutato positivo e accrescente, come sosteneva J. S. Mill.

<sup>158</sup> Cfr. R. Chiarelli, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, 2010, p. 122 e ss.

<sup>159</sup> Come propongono F. D'Agostini - M. Ferrera, *La verità al potere*, cit., p. 43 e ss. Tale aggettivazione viene individuata sulla scorta della differenza che sussiste fra il *verum* latino e l'*ἀλήθεια* greca, intesa quest'ultima non come verità in senso assoluto, ma come necessità di disvelamento, di "non nascondimento", come usava tradurre Martin Heidegger.

<sup>160</sup> D. M. Kahan, A. Landrum, K. Carpenter, L. Helft, K. Hall Jamieson, *Science Curiosity and Political Information Processing*, in *Advances in Political Psychology*, XXXVIII, n. 1, 2017, p. 179 ss.

<sup>161</sup> Il caso del noto giocatore di calcio Suarez che avrebbe ricevuto un trattamento di favore dall'Università per Stranieri, è esemplificativo: se si debbono acquisire immatricolazioni un testimonial di quel calibro fa certamente comodo, così come se ho bisogno di sponsorizzazioni, le valutazioni indipendenti non potranno non tenerne conto; sia le lezioni che gli esami, non possono non considerare le esigenze commerciali, prima di quelle culturali; se poi lo studente che si laurea non parla neppure italiano e quindi non ha capito nulla dell'intero corso di laurea che ha frequentato non importa, ciò che è rilevante sono i numeri e i bilanci.

<sup>162</sup> S. Weil, *Manifesto per l'abolizione dei partiti* [1950], Roma, 2012, p. 28 e ss., evidenziava che ogni "parte", (in quanto appunto "parte"), aspirando al potere, deve trascurare le ragioni universali della verità per far diventare la propria parziale opinione dominante. Già agli inizi dal 1950 Ernesto Rossi immaginava democrazie senza partiti («*Se non si vogliono gli effetti bisogna eliminare le cause*»): «*Le grandi masse non si conquistano con i ragionamenti, ma facendo appello agli istinti e ai sentimenti più elementari, con metodo di imbonimento*

obbligati (insieme ai loro aderenti) quantomeno alla trasparenza<sup>163</sup> e ad una “moralità minima”, secondo la terminologia utilizzata da Walzer<sup>164</sup>. In altre parole, mentre Machiavelli insegnava al Principe a mentire, costituendo questa una qualità indispensabile per conservare il potere, in democrazia, soggetta al controllo della libera stampa, dovrebbe prevalere la forza della verità. E’ evidente che non si può impedire al politico democratico, (peraltro spesso deviato, come evidenziavano Aristotele e Platone, dall’aggravante dell’ignoranza) di mentire<sup>165</sup>, anche perché la menzogna può addirittura essere una necessità (gli *arcana imperii* di Tacito o come diciamo noi oggi la ragion di Stato, ne sono un esempio)<sup>166</sup>. Tuttavia, come evidenzia ancora Walzer<sup>167</sup>, in democrazia il politico, può rischiare di mentire, ma deve anche essere pronto ad assumersene le conseguenze (quantomeno) “politiche”.

Posto, dunque, che alla democrazia non possiamo rinunciare<sup>168</sup>, il problema è come correggere il pensiero e il linguaggio della politica<sup>169</sup>, che incide direttamente sulla società civile.

Tale obiettivo potrebbe essere perseguito partendo dai partiti che dovrebbero formare e selezionare la classe politica dirigente. Il politico democratico dovrebbe imparare il potere e la forza della verità (il cui uso corretto è condizione di fiducia, coesione e sviluppo sociale, nonché quindi strumento per il perseguimento della felicità pubblica<sup>170</sup>); nel caso, invece, di una sua incapacità o violazione alla regola-

---

*con i quali vengono indotte a entrare nel baraccone delle meraviglie [...] slogan di poche martellanti parole, cartelloni a colori piatti, promesse irrealizzabili, suoni di trombe, sventolio di bandiere»* (E. Rossi, *Contro l’industria dei partiti*, Milano, 2016, p. XX). Sul finanziamento dei partiti A. D’Andrea Il finanziamento dei partiti politici, in AA. VV., *Etica e gestione della res pubblica*, Brescia, 1993.

<sup>163</sup> N. Bobbio, *Democrazia e segreto*, Torino, 2011.

<sup>164</sup> M. Walzer, *Geografia della morale. Democrazia, tradizioni e universalismo*, Bari, 1999.

<sup>165</sup> F. Rositi, *La tolleranza della menzogna nella scena pubblica*, in *Quad. it. sc. pol.*, XVC/II, 1, 2008, p. 81 e ss.. Del resto F. Fukuyama, *The Origins of Political Order*, New York, 2012, ricorda che gli studi di primatologia hanno evidenziato come inganno e menzogna sono diffusi anche fra i primati.

<sup>166</sup> Secondo T. Hobbes “*auctoritas non veritas fecit legem*”

<sup>167</sup> M. Walzer, *Guerre giuste e ingiuste: Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Roma - Bari, 2009.

<sup>168</sup> Le critiche alla democrazia sono note: già Churchill sosteneva che la democrazia sia «*la peggiore forma di governo... ad eccezione di tutte le altre finora sperimentate*»... perché le teste non le taglia, ma le conta. Solo per citare alcuni saggi divulgativi di critica alla democrazia si vedano: S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, P. Odifreddi, *La democrazia non esiste. Critica matematica della ragione politica*, Milano, 2018; J. Brennan, *Contro la democrazia*, Roma, 2018. Più approfonditamente si legga R. Dahl, *La Democrazia e i suoi critici*, Roma, 1989. Senza entrare nel merito di questa complessa argomentazione è evidente che il processo di rapida e progressiva democratizzazione dell’intero pianeta, anche in forza delle nuove tecnologie, non sembra rendere credibile una forma di governo alternativa.

<sup>169</sup> Si è parlato (F. D’agostini - M. Ferrera, *La verità al potere*, cit., p. 127) anche di “educazione alla verità” (che, detta così, non può non far accapponare la pelle), nel senso cioè di un rinnovato rapporto tra libertà e verità.

<sup>170</sup> L. Passarini, *Il diritto alla felicità ha rilevanza costituzionale?*, in *salvisuribus.it*, 26 marzo 2020.

valore, dovrebbe subirne le conseguenze almeno politiche (come peraltro avviene nella democrazia americana).

Se, ad esempio, dalla *disclosure* ottenuta dalla Fondazione Einaudi, relativa agli atti prodromici all'emissione dei DDPCM emergenziali, si evidenziasse una falsa rappresentazione della realtà da parte della Presidenza del Consiglio, proprio nella fase acuta della pandemia, sarebbe opportuno che ne scaturisse automaticamente un giudizio analogo all'*impeachment* americano?

In definitiva, la pietra angolare di ogni democrazia è, come noto, la libertà di espressione del pensiero, che implica l'avveramento del triplice diritto di informare, informarsi e pretendere di essere informati<sup>171</sup>. Tale libertà deve comprendere anche l'ulteriore e connesso diritto di far valere il vero nei confronti dei politici mendaci, cioè di coloro a cui (ancor più nei momenti emergenziali) chiediamo protezione e verità. Il tradimento di questo rapporto di sicuro affidamento tra governanti e governati, comporta perdita di fiducia nelle istituzioni, allentamento della coesione sociale, insicurezza, paura e finisce per portare alla morte della libertà e della democrazia.

---

<sup>171</sup> Si rinvia sul punto a S. Budelli - A. Lamberti, *Multimedialità, Costituzione e integrazione europea*, Perugia, 2005, p. 143 e ss.

## M'ILLUMINO DI MENO\*: QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI PROFILI PENALI DELL'INQUINAMENTO LUMINOSO.

*Nota a Cass. pen. Sez. III, ud. 08/01/2020 – dep. 9/3/2020, n. 9353, Pres. Sarno, Rel. Scarcella.*

**Giulia Rizzo Minelli**

**ABSTRACT** [ITA]: Il presente contributo – partendo dall'esame di una recente pronuncia della Corte di Cassazione, che ha affermato la penale responsabilità del gestore di un locale pubblico, per aver violato la legge quadro sulle aree protette (L. 349/1991) e provocato nell'esercizio della propria attività, all'interno di un parco naturale, emissioni sonore ad altissimo volume ed emissioni luminose di forte intensità, entrambe idonee a causare un rilevante disturbo all'habitat naturale e agli utenti del parco – si propone di svolgere una disamina del c.d. inquinamento luminoso, su cui però non è ancora intervenuto il legislatore nazionale né per regolare il fenomeno dal punto di vista amministrativo né per sanzionarlo penalmente, indugiando poi sulla rilevanza che potrebbe avere il diritto penale nel contrasto a tale nuova forma di inquinamento.

**ABSTRACT** [ENG]: *This article – on the basis of the Court Cassation examination ruling, who recently has affirmed the criminal liability of the manager of a public place inside a natural park, for violating law no. 394/1991, Law on Protected Areas, and for causing, within the course of its own business, very high volume sound and high intensity of light emissions, both having the potential to cause a significant disturbance to the natural habitat and the park users – aims to carry out a close examination of light pollution phenomenon, on which, however, the national legislator has not yet intervened, neither to regulate it at administrative level nor to impose criminal penalty, dwelling on the relevance that criminal law might have in the fight against this new form of pollution.*

---

\*“M’illumino di meno” è la giornata nazionale del risparmio energetico e degli stili di vita sostenibili lanciata da Caterpillar e Rai Radio2 nel 2005. Essa, prende il nome dai celebri versi di Mattina, di Giuseppe Ungaretti (“M’illumino/ d’immenso”), e si celebra ogni anno per festeggiare la ricorrenza dell’entrata in vigore del Protocollo di Kyoto, trattato internazionale in materia ambientale riguardante il surriscaldamento globale, pubblicato l’11 dicembre 1997 nella città giapponese di Kyoto e sottoscritto da più di 180 Paesi in occasione della Conferenza delle Parti “COP3” della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC). Il trattato è entrato in vigore, appunto, il 16 febbraio 2005, dopo la ratifica dello stesso ad opera della Russia. La campagna, inizialmente rivolta ai soli cittadini, è stata accolta con successo dapprima a livello locale, con adesioni da parte dei singoli comuni, ed in seguito dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, con il patrocinio del Ministro dell’ambiente.

\*\*Dottoranda di ricerca in scienze giuridiche (IUS/17 diritto penale) presso l’Università degli Studi di Bologna - Alma Mater Studiorum. Avvocato.

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. - **2.**I fatti sub iudice. - **3.** Una (necessaria) digressione sulla nozione di inquinamento luminoso. - **3.1.** E sulla sua – frammentaria e “regionalizzata” – disciplina. - **4.** Uno sguardo alla legge quadro sulle Aree Protette. - **5.** La decisione della sentenza in commento: la rilevanza – anche penale – dell’inquinamento luminoso. - **6.** Qualche considerazione penalistica a margine di una materia (ancora) in fieri. - **6.1.** La problematica individuazione del bene giuridico protetto. - **6.2.** La (in)determinatezza delle norme penali ambientali. - **6.3.** Principio di offensività e reati ambientali. - **6.4.** Le potenziali, ulteriori, fattispecie incriminatrici. - **7.** Per concludere.

## **1. Premessa.**

La luce ha da sempre svolto un ruolo fondamentale nello stile di vita dell’umanità, plasmandone l’ideologia ed agevolandone la sopravvivenza. Non a caso, già nelle civiltà più risalenti, la luce ha assunto rilievo sia quale fenomeno fisico sia quale archetipo simbolico, dotato di uno sterminato spettro di iridescenze metaforiche, soprattutto di tipo religioso. Si palesa emblematico – in questo senso – l’avvio stesso della Bibbia: «*Dio disse: “Sia la luce!” e la luce fu!*» (Genesi1,3).

Di analogo tenore l’antica cultura egizia, secondo cui l’irradiarsi della luce aveva accompagnato la prima alba cosmica, segnata da una grande ninfea che uscendo dalle acque primordiali aveva generato il sole. Nella civiltà greca e – di poi – in quella romana, l’Apollo di Delfi, dio della luce, era tradizionalmente rappresentato come una divinità purificatrice che illuminava l’essere intimo dell’uomo sollevandolo ad un livello di maggior purezza, fonte di ispirazione per gli uomini di legge e capace di rischiarare le loro menti con la propria luce<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A riguardo, al fine di meglio chiarire la propria tesi, «*la difesa individuava in ricorso la realtà topografica in cui insiste il locale gestito dall'imputato, produttivo delle emissioni sonore e luminose individuate quali sorgenti disturbanti, sostenendo che, quand'anche ammesso che fosse stato arrecato un effettivo pregiudizio alla fauna ed alla flora selvatica della zona attraverso le emissioni sonore e luminose fuori limite, sarebbe risultato comunque difficoltoso attribuire causalmente tale nocimento all'attività svolta dal singolo locale, atteso che, nella zona ove insiste il locale, vi erano altre attività dello stesso tipo, operanti in quello stesso periodo. Inoltre, se è pur vero che la zona interessata è quella del parco regionale Migliarino San Rossore Massaciuccoli, area naturale protetta, sarebbe altrettanto doveroso osservare che la superficie complessiva riguarda oltre 23.000 ettari di cui solo una parte marginale è interessata dall'area del lungomare Europa, su cui insiste il locale gestito dall'imputato, il cui carico antropico potrebbe, soprattutto nel periodo estivo caratterizzato da una grande*

Traslando dal piano trascendentale a quello che governa il quotidiano vivere degli uomini, non si può non rilevare come anche in questa, più concreta, dimensione la luce abbia rappresentato (e tuttora rappresenti) una condizione di sicurezza per i cittadini, che ne traggono beneficio per lo svolgimento delle proprie attività quotidiane. Se, tuttavia, fino alla prima metà del secolo scorso la luce promanante dagli astri e dalla luna rappresentava la principale fonte di illuminazione notturna – permettendo, anche semplicemente volgendo lo sguardo fuori delle finestre, di scorgere la Via Lattea che inarcava splendidamente il cielo notturno – oggi le stelle parrebbero invece essere diventate le testimoni dei danni che l’espansione urbana ha arrecato – e tuttora continua ad arrecare – a tale ambiente naturale. E così, se, da un lato, la costante illuminazione di cui godiamo è il frutto dell’incredibile sviluppo scientifico, tecnico ed economico che la società ha attraversato ed ancora sta vivendo, dall’altro, un simile progresso determina (e determinerà) sugli ecosistemi effetti – per così dire – negativi.

Ed è in tale contesto che si colloca l’annotata sentenza (ed il presente contributo), che affronta – per la prima volta sotto il profilo penale – il fenomeno dell’inquinamento luminoso, il cui controllo rappresenta indubbiamente una esigenza dei nostri tempi, al fine – soprattutto – di tutelare le aree protette ed abitate da numerose specie animali e vegetali. Una simile decisione, come si vedrà, fa però sorgere interrogativi circa la concreta efficacia del diritto penale, quale *extrema ratio* dell’ordinamento giuridico, a contrastare situazioni ancora tutt’altro che nitide.

## **2. I fatti *sub iudice*.**

Come accennato in premessa, con la sentenza in commento la III sezione della Corte di Cassazione è intervenuta sulla rilevanza penale del fenomeno dell’inquinamento luminoso. Gli ermellini, infatti, confermando le statuizioni a cui sono pervenuti i giudici di merito, hanno ritenuto essere dinnanzi ad un caso di inquinamento luminoso<sup>2</sup> ed hanno affermato la penale responsabilità del gestore di

---

*affluenza di visitatori sin in periodo diurno che notturno, essere tale da risultare pregiudizievole per la flora e la fauna selvatica del Parco».*

<sup>2</sup> Al pari dell’inquinamento acustico e dell’inquinamento elettromagnetico. Sul punto, A. SCARCELLA, *Inquinamento di origine fisica: rumore e inquinamento elettromagnetico*, in *www.lexambiente.it*, 14 febbraio 2013.

un locale pubblico toscano, imputato del reato di cui agli artt. 6 e 30 Legge 19 ottobre 1991 n. 394 (Legge quadro sulle aree protette), per avere – in più occasioni nella gestione del proprio locale sito in prossimità del parco naturale Migliarino San Rossore Massaciuccoli– provocato nell’ambiente circostante emissioni sonore e luminose di forte intensità, causando così un *«rilevante disturbo all’habitat naturale ed agli animali selvatici del posto, impedendo agli stessi di condurre la propria normale esistenza naturale - consistente nel riposo notturno, nell’attività predatoria e nella nidificazione - ed incidendo sulle abitudini delle specie animali endemiche in violazione dell’art. 49 del Regolamento del Parco, che vieta emissioni sonore e luminose potenzialmente moleste per l’habitat naturale che superino i limiti tabellari previsti dal DPCM 14 novembre 1997»*.

A fronte delle censure della difesa – la quale lamentava sia il mancato raggiungimento della prova in ordine alla potenziale offensività delle condotte contestate (cioè la loro inidoneità ad incidere tanto sulla morfologia del territorio quanto sugli equilibri ecologici del medesimo), dato che inquadrato il reato tra quelli di pericolo concreto<sup>3</sup> non era stato accertato l’asserito nocumento arrecato all’equilibrio ecologico, alla flora ed alla fauna selvatica presenti all’interno del parco regionale, sia, a voler invece ricomprendere il reato in questione nella categoria dei reati di pericolo presunto, la mancata valutazione delle emissioni acustiche e luminose pericolose alla stregua del comune apprezzamento e delle diffuse massime di esperienza, oltre che l’assenza di qualsivoglia misurazione strumentale delle predette emissioni – la Cassazione, nel giudicare manifestamente infondato il ricorso e dichiararlo inammissibile, ha ritenuto, invece, che le condotte oggetto d’imputazione fossero oggettivamente lesive dell’equilibrio ecologico e quindi che i flussi di luce avessero “inquinato” la specifica area del parco presa in considerazione.

---

<sup>3</sup> Così P. DELL’ANNO, *Inquinamento luminoso: una nuova frontiera della tutela dell’ambiente e del paesaggio*, in *Riv. Giur. Amb.*, fasc.3-4, 2011, pag. 371; P. CINZANO, *Inquinamento luminoso e protezione del cielo notturno*, in *Ist. Veneto di Scienze*, 1997; F. ARECCO, *Quando le stelle non si fanno guardare*, in *Ambiente e sviluppo*, 2005, 11, 971.

### 3. Una (necessaria) digressione sulla nozione di inquinamento luminoso.

L'inquinamento luminoso rientra tra i fenomeni di inquinamento di origine fisica<sup>4</sup> e consiste nell'alterazione dei livelli naturali di luce presenti nell'ambiente notturno per effetto dell'emissione di luce di origine antropica, generata da impianti di illuminazione pubblici e privati<sup>5</sup>. Risulta, infatti, acclarato che l'eccesso di

---

<sup>4</sup> A. G. DOLSA, M.T. ALBARRAN, *Contaminación lumínica en la conservación de la Biodiversitat, I Sessió de treball sobre la Contaminación Lumínica Departament de Medi Ambient Generalitat de Catalunya*, 29 Luglio 1998; *Guidelines for Light Pollution, 1998, Environment Agency of Japan*; A. ROMAN, *Gli effetti dell'inquinamento luminoso sulla fauna e sulla flora*, su [www.lightpollution.it](http://www.lightpollution.it), 2002. L'autore riferisce di uno studio che ha svolto unitamente al professor Giulini, al professor Giacometti ed al dottor Cinzano, presso il dipartimento di biologia dell'Università di Padova su due piante di Magnolia Grandiflora, le quali hanno evidenziato una diminuzione dell'efficienza fotosintetica delle foglie direttamente illuminate da una lampada ai vapori di mercurio. Dopo aver selezionato tre zone di due magnolie, in modo tale da poter avere dei campioni di una pianta provenienti sia dalla parte illuminata che dalla parte oscura, e dei campioni al buio provenienti da un'altra pianta, hanno dimostrato che l'efficienza fotosintetica della zona esposta all'illuminazione artificiale è significativamente inferiore rispetto alle due zone che si trovano in condizione di buio. La conclusione logica dello studio è che la presenza di una sorgente luminosa in prossimità della pianta causi uno stress alle foglie che sono direttamente esposte alla luce, alterandone il normale processo fotosintetico. Ancora, B.E. WITHERINGTON e R.E. MARTIN, *Understanding, Assessing, and Resolving Light-Pollution Problems on Sea Turtle Nesting Beaches*, in *Florida Marine Research Institute*, 2003, hanno studiato il comportamento delle tartarughe di mare nella deposizione delle uova (che avviene in orario notturno) in presenza di luce artificiale. Gli studiosi hanno selezionato un settore di spiaggia isolata, che presentasse condizioni di buio e che fosse lontano da attività umane; qui vi hanno effettuato esperimenti con condizioni di buio e di illuminazione prodotta da lampade ai vapori di mercurio ed al sodio a bassa pressione. Le ricerche hanno evidenziato un influsso molto evidente della luce prodotta dalle lampade ai vapori di mercurio in un'area di 50 metri circa di raggio intorno al lampione (ogni divisione rappresenta la zona di influsso dei lampioni); qui il numero di tartarughe che si annidano è significativamente ridotto rispetto a condizioni di buio; Inoltre hanno riscontrato che diminuiva il numero di tartarughe che transitavano in prossimità dei lampioni senza annidarsi, e che nel ritorno verso l'oceano gli animali non seguivano il percorso usuale e più diretto. Le radiazioni luminose emesse dalle lampade ai vapori di mercurio interferivano con lo spettro di sensibilità visiva delle tartarughe, le quali confondevano le luci delle lampade con la luce diurna. Ne conseguirono che, la presenza di luce artificiale sulle spiagge di nidificazione sia una seria minaccia per la continuazione della specie stessa e fecero appello per trovare alternative atte ad evitarne la completa estinzione delle specie. Rilevante, a tal fine, anche accennare all'episodio avvenuto nel 1998, sulle coste dell'isola di Creta ove le luci che di notte illuminavano gli alberghi avevano disorientato i piccoli di tartaruga marina, che invece di tuffarsi in mare, finivano per lasciarsi morire sulla spiaggia. Infine, noto è il caso riscontrato alla periferia di Cagliari e riguardante un falco pellegrino che, appollaiato sui tralicci di una raffineria di petrolio, attendeva gli uccelli migratori notturni attratti da un potentissimo faro che illuminava a giorno gli impianti per motivi di sicurezza, disperdendo però una notevole quantità di luce verso l'alto. Dal punto di vista energetico la luce dispersa in direzione della volta celeste costituisce una diseconomia che potrebbe essere ridotta mediante una localizzazione razionale degli impianti di illuminazione ed una più accorta selezione del tipo di lampade da impiegare e della loro schermatura, che ottimizzi l'illuminazione degli oggetti interessati. La normativa tecnica elaborata da organismi comunitari (CEN) e nazionali (UNI), in attuazione di apposite direttive europee, si propone di armonizzare il mercato comune delineando i requisiti fotometrici ed illuminotecnici di macchine, apparecchiature, lampade di ogni genere, impianti, luoghi di lavoro, strade ed autostrade, gallerie, assicurando al contempo la sicurezza ed evitando la dispersione inutile della luce artificiale generata.

<sup>5</sup> In un simile contesto corre alla memoria il monito che la Carta dei Diritti delle Generazioni Future – proposta da Jacques-Yves Cousteau all'UNESCO e da questo approvata nel 1991, con l'adesione di oltre cento paesi –

illuminazione artificiale nelle ore notturne abbia un significativo impatto nei confronti degli esseri viventi e sia in grado di compromettere ed alterare i ritmi ed i comportamenti tanto della flora quanto della fauna. La luce, infatti, rappresenta uno dei principali fattori vitali delle specie animali e vegetali: una qualsiasi alterazione di detto equilibrio, legata – ad esempio – all'eccessivo impiego di fonti luminose artificiali e persistenti, può far conseguire danni irreversibili per gli ecosistemi.

Bastino sul punto alcuni dati. Quanto alla flora, studi scientifici hanno dimostrato come la presenza di una sorgente luminosa artificiale in prossimità di una pianta causi uno stress alle foglie direttamente esposte alla luce, incidendo sul loro normale processo fotosintetico. Si è osservato, ad esempio, che le foglie degli alberi presenti nelle città e collocati in prossimità di lampioni stradali sviluppano un periodo vegetativo molto più lungo ed un conseguente ritardo nel proprio distacco dall'albero, con grave rischio per la vita della pianta stessa.

Le lampade adibite alla pubblica illuminazione (in particolare quelle ad ampio spettro di emissione) incidono anche sui cicli vitali di alcune specie animali, ad esempio sul processo riproduttivo dei rettili o su quello migratorio degli uccelli. Ed invero, alcune varietà di uccelli, che si servono dell'orientamento astronomico per le migrazioni notturne, vengono disturbate dalle fonti luminose artificiali che influenzano i loro tragitti. Ancora, le falene, le quali impostano la propria rotta migratoria in base alla luna ed alle stelle particolarmente luminose, possono essere disturbate e disorientate da singole sorgenti luminose o concentrazioni di luce artificiale presenti negli agglomerati urbani, che – attraendole verso la luce artificiale e demolendo lo sciame – aumentano il rischio di estinzione dell'intera specie<sup>6</sup>.

Nondimeno, da un "abuso" di illuminazione possono scaturire anche effetti dannosi per l'uomo: abbagliamento, miopia ed alterazioni ormonali in grado di diminuire le difese contro i tumori.

Inoltre, a questi effetti pregiudizievoli per le specie che risiedono in un determinato "ambiente", fanno da corollario conseguenze – non meno negative – di carattere culturale. Basti il richiamo alle difficoltà che si riscontrano – soprattutto

---

aveva rivolto alla comunità internazionale ed ai singoli Stati, che erano stati incoraggiati ad adottare specifiche misure volte alla salvaguardia del cielo.

<sup>6</sup> Una simile sintesi è esposta da P. DELL'ANNO, *Ambiente (diritto amministrativo)*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente, I, Principi generali*, Padova, 2012, 285 e ss.

negli ambienti urbani – quando si tenta di osservare il cielo stellato per l'espletamento di attività di ricerca scientifica<sup>7</sup>.

Orbene, posto che – quantomeno sotto il profilo empirico – è dimostrato che l'eccessiva esposizione a luci artificiali possa arrecare pregiudizio agli ecosistemi, occorre ora esaminare come prevenire e – financo – reprimere un simile pregiudizio per le specie che vi dimorano.

### **3.1. (segue) E sulla sua – frammentaria e "regionalizzata" – disciplina.**

Se si ripercorre storicamente la legislazione ambientale italiana, se ne coglie la sua nota caratterizzante: l'uso del diritto penale in funzione meramente complementare, strumentale e di chiusura ad un sistema di tutela incentrato prevalentemente sul diritto amministrativo. In altri termini, il diritto penale, che in questo ambito ha – da sempre – rivestito una funzione residuale, soleva intervenire solo per sanzionare la violazione di specifici precetti di natura amministrativa<sup>8</sup>.

Per vero, e più in generale, la materia ambientale, che è stata fin da subito disciplinata in modo piuttosto asistemico e disorganico, presenta tuttora un elevato tasso di complessità "intrinseca", sia tecnico-scientifica che definitoria: la sua grande vastità, le difficoltà di delimitarla e le conseguenti incertezze nell'individuazione delle competenze legislative si traducono in una strutturale difficoltà di semplificare la complessità normativa che affligge tale disciplina<sup>9</sup>. E ciò, soprattutto, ove si

<sup>7</sup> M. RENNA, Semplificazione e ambiente, in *Riv. giur. edilizia*, fasc.1, 2008, 37; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 1-2/2012, 69; C. RUGA RIVA, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, Milano, 2012, 93 e ss.; V. PLANTAMURA, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, Bari, 2007, 25 e ss;

<sup>8</sup> L. KRÄMER, *Manuale di diritto comunitario dell'ambiente*, Milano, 2002, 2 e ss; I. NICOTRA, *Sovranità statale e fonti europee nella protezione dell'ambiente*, in B. ROMANO (a cura di), *I reati ambientali alla luce del diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2013, 15 e ss.

<sup>9</sup> Tra questi, il disegno di legge n. 4515, presentato al Senato il 7 marzo 2000 e la proposta di legge n. 7335, presentata alla Presidenza del Consiglio regionale del Piemonte l'8 ottobre 2001, che hanno cercato di promuovere l'inserimento del cielo stellato nel patrimonio naturale del Paese. Il Rapporto del 2001 sullo "Stato del cielo notturno e inquinamento luminoso in Italia", pubblicato dall'Istituto di Scienza e Tecnologia dell'Inquinamento Luminoso (ISTIL), ha rilevato come in gran parte dei territori italiani, a causa di una eccessiva quantità di luce dispersa verso la volta celeste, "non scende nemmeno una vera e propria notte" impedendo la visione del cielo stellato. Il problema dell'inquinamento luminoso è stato recentemente sollevato sia in campo nazionale (Società Astronomica Italiana e Unione Astrofili Italiani) che internazionale (*International Astronomical Union* e *International Dark-Sky Association*) da associazioni di astronomi e astrofili, ed ha ormai assunto una notevole importanza in tutte le regioni altamente industrializzate ed urbanizzate del mondo.

consideri che la legislazione nazionale in materia ambientale è prevalentemente il frutto del recepimento di direttive comunitarie, che impongono agli stati membri di tutelare in maniera efficace ed effettiva l'ambiente. Queste direttive, però, subiscono modifiche o – ancora – vengono sostituite così frequentemente che i legislatori nazionali faticano ad adeguarsi alle relative novità; può quindi capitare che, nel momento stesso in cui una legge statale attua una direttiva, in sede comunitaria vengano avviate le procedure per la modifica o – addirittura – per la sostituzione di quest'ultima<sup>10</sup>.

Quanto all'ambito penalistico, nonostante gli sforzi di accentrimento e semplificazione culminati, prima (ed in parte), con il D. Lgs. 152/2006, poi, con l'inserimento di specifici delitti contro l'ambiente nel codice penale al Titolo VI-bis, la normativa, almeno per ciò che riguarda alcuni, importanti sottosectori (ad es. la tutela del territorio), risulta essere ancora dispersa in una moltitudine di disposizioni, che rendendo ancor più confusi ed incerti i confini della materia ambientale.

Orbene, nonostante il fenomeno dell'inquinamento luminoso – soprattutto considerato sul lungo periodo – sia stato ritenuto potenzialmente offensivo per gli

Nonostante i primi provvedimenti normativi si facciano risalire agli anni '60 (p.e. Flagstaff -USA, 1958 e Asiago -Italia, 1963) solo negli ultimi anni si è andato delineando il quadro normativo e si è resa disponibile un'ampia letteratura specializzata sull'argomento.

<sup>10</sup> Diversamente, ad esempio, in Spagna, in cui viene disciplinata (e sanzionata) la “*contaminacion luminica*”. La legge 34/2007 (“*De calidad del aire y protección de la atmósfera*”) descrive questo fenomeno come «*el resplandor luminoso nocturno o brillo producido por la difusión y reflexión de la luz en los gases, aerosoles y partículas en suspensión en la atmósfera, que altera las condiciones naturales de las horas nocturnas y dificultan las observaciones astronómicas de los objetos celestes, debiendo distinguirse el brillo natural, atribuible a la radiación de fuentes u objetos celestes y a la luminiscencia de las capas altas de la atmósfera, del resplandor luminoso debido a las fuentes de luz instaladas en el alumbrado exterior*» (il bagliore luminoso notturno o la luminosità prodotta dalla diffusione e dalla riflessione della luce nei gas, negli aerosol e nelle particelle sospese nell'atmosfera, che alterano le condizioni naturali delle ore notturne e rendono difficili osservazioni astronomiche dei corpi, dovendosi distinguere la luminosità promanante da fonti o da oggetti celesti e dalla luminescenza degli alti strati dell'atmosfera, dal bagliore luminoso dovuto alle sorgenti luminose installate nell'illuminazione esterna). Ancora, la Legge 15/2020, che prevede sanzioni in caso di uso scorretto dell'illuminazione artificiale, a cui deve aggiungersi la normativa locale ed a carattere autonomo.

Negli Stati Uniti, invece, sebbene 18 Stati si siano dotati di una legislazione (cosiddetta “*dark skies legislation*”) volta a ridurre il fenomeno dell'inquinamento luminoso «*in order to promote energy conservation, public safety, aesthetic interests, and astronomical research capabilities*», a livello federale manca ancora una specifica disciplina del fenomeno.

Così, K.M. PLOETZ, *Light Pollution in the United States: An Overview of the Inadequacies of the Common Law and State and Local Regulation*, in *New England Law Review*, Vol. 36:4, 985 e ss. Un interessante contributo – in prospettiva comparatistica – sul tema dell'inquinamento luminoso è offerto da R. CARSON, *The dark side of the light: light pollution and a case for federal regulation*, in *Jurimetrics*, Chicago, Vol. 57, Fasc. 4. L'Autrice analizza gli effetti negativi dell'inquinamento luminoso negli Stati Uniti d' America e valuta se gli attuali livelli di luce artificiale di notte ne giustificano il controllo federale da parte dell'Environmental Protection Agency (EPA).

ecosistemi, non si ravvisa ancora alcun intervento normativo valevole su tutto il territorio e diretto a disciplinare il fenomeno, né dal punto di vista amministrativo né, tantomeno, sotto il profilo penalistico<sup>11</sup>. In un tale contesto, la totale assenza nella normativa nazionale ambientale<sup>12</sup> di una precipua regolazione del fenomeno dell'inquinamento luminoso, è stata colmata – *supplendi causa* – dalle regioni<sup>13</sup>, le quali hanno forgiato – per intero – un nuovo settore di disciplina ambientale<sup>14</sup>. Tutte le regioni italiane hanno infatti adottato proprie leggi dirette a prevenire, ridurre e controllare il fenomeno dell'inquinamento luminoso (così, l.r. Veneto n. 22 del 1997, l.r. Valle d'Aosta n. 17 del 1998, l.r. Piemonte n. 31 del 2000, poi modificata dalla l.r. n. 8 del 2004, l.r. Lombardia n. 17 del 2000, modificata e integrata dalla l.r. n. 38 del 2004, l.r. Basilicata n. 41 del 2000, l.r. Lazio n. 23 del 2000, l.r. Marche n. 10 del 2002, l.r. Campania n. 12 del 2002, l.r. Emilia-Romagna n. 19 del 2003, l.r. Toscana n. 39 del 2005, l.r. Umbria n. 20 del 2005, l.r. Abruzzo n. 12 del 2005, l.r. Sicilia n. 4 del 2005, l.r. Puglia n. 15 del 2005, l.r. Liguria n. 22 del 2007, l.r. Sardegna n. 2 del 2007, l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 15 del 2007, l.p. Trento n. 16 del 2007, l.r. Calabria n. 17 del 2009 e l.r. Molise n. 2 del 2010).

Se questi testi normativi sono contraddistinti da un comune obiettivo – *i.e.* il contenimento dell'inquinamento luminoso entro soglie tollerabili – essi si differenziano, però, per le modalità con le quali perseguono tale finalità. Basti allo scopo rammentare come alcune regioni abbiano scelto di disciplinare il fenomeno – ottemperando a quanto disposto dal Protocollo di Kyoto sul corretto e razionale uso

<sup>11</sup> La possibilità per le regioni (in maniera concorrente con lo stato) di intervenire in materia ambientale è prevista dall'art. 117 co 2 lett s) della Costituzione. Le regioni hanno quindi fissato i valori e limiti consentiti e tollerabili che vengono poi tenuti in considerazione dalla Pubblica Amministrazione per il rilascio di autorizzazioni. La relativa omogeneità della disciplina sostanziale delle leggi regionali dipende dalla circostanza che tutte hanno tratto ispirazione dalla normativa tecnica in materia di illuminazione artificiale esterna mediante un rinvio recettizio formale alle norme UNI sulla fotometria e sulla migliore tecnica di illuminazione. In specie, è stata richiamata la norma UNI 10819 del 1999, che definisce i requisiti degli impianti di illuminazione esterna, allo scopo di limitare la dispersione verso l'alto del flusso luminoso delle sorgenti di luce artificiale, classifica gli impianti in funzione delle caratteristiche di sicurezza necessaria, e individua differenziati ambiti territoriali di protezione (ad es., degli osservatori astronomici).

<sup>12</sup> M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, cit.

<sup>13</sup> Il Piano Ambientale ed Energetico Regionale (Paer), istituito dalla L. R. n. 14 del 2007 è stato approvato dal Consiglio regionale con deliberazione n. 10 dell'11 febbraio 2015, pubblicata sul Burt n. 10 parte I del 6 marzo 2015.

<sup>14</sup> La giurisprudenza più recente ha – per vero – adottato un'interpretazione estensiva di tale locuzione, statuendo come il termine debba essere inteso in senso ampio, non solo quindi comprensivo di parchi nazionali, riserve naturali statali, parchi naturali interregionali, parchi naturali regionali e riserve naturali regionali, ma anche delle zone umide, delle zone di protezione speciale, delle zone speciali di conservazione e di altre aree naturali protette. Così, Cass. Pen. sez. III, 1° aprile 2014, n. 14950.

dell'energia – considerandolo quindi un effetto correlato alla gestione dell'“energia”, da regolare – dunque – in vista della riduzione dei consumi delle risorse (così, ad esempio, Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lazio, Liguria, Marche, Piemonte, Sardegna, Sicilia e Trento): l'inquinamento luminoso si presenta – in questo caso – come un fenomeno da contrastare, *in primis*, per conseguire un risparmio energetico. Altre regioni, invece, hanno inteso privilegiare il profilo finalistico della «*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*» (così Abruzzo, Lazio, Puglia, Toscana, Veneto), individuando nella «*protezione del paesaggio*» la principale motivazione dei propri interventi normativi. I suddetti propositi si combinano poi con quelli di sicurezza stradale (Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia e Lombardia) e di protezione degli osservatori astronomici, e – dunque – con finalità di ricerca scientifica.

Solo qualche breve cenno sulla legge della regione Toscana (l.r. Toscana 24 febbraio 2005, n. 39), presa in considerazione della Corte di Cassazione nella pronuncia oggetto di approfondimento.

Agli artt. 34-37, la legge disciplina le emissioni di energia, stabilendo in particolare all'art. 34, comma 2, come la regione, anche attraverso il Piano ambientale ed energetico regionale (c.d. PAER), debba adottare tutte le misure necessarie per proteggere gli equilibri ecologici nelle aree naturali protette<sup>15</sup>. A tal fine deve essere limitato l'uso di proiettori di luci ai casi di reale necessità, in ogni caso mantenendo l'orientazione del fascio luminoso verso il basso, in modo da non superare determinate concentrazioni. Tra le altre prescrizioni: l'adozione di sistemi automatici di controllo e riduzione del flusso luminoso nella misura del 50% del flusso totale dopo le ore 22,00 e dopo le ore 23,00 nel periodo di ora legale; lo spegnimento programmato totale degli impianti nelle aree private, residenziali, commerciali e industriali dopo i suddetti orari, eventualmente, per ragioni di sicurezza, o ulteriori situazioni da attestare con idonea relazione tecnica, dalla presenza di sensori di

---

<sup>15</sup> Così, F. FONDERICO, *Gli interventi per la conservazione della natura*, in *Ambiente e sviluppo*, 1999, 2, 129; C. DESIDERI- F. FONDERICO, *I parchi nazionali per la protezione della natura*, Milano, 1998; A. SIMONCINI, *Ambiente e protezione della natura*, Padova, 1996; A. CACCIARI, *L'attuazione della legge quadro sulle aree protette negli ordinamenti regionali*, in *Dir. giur. agraria e ambiente*, 1995, 541 e ss.; M. L. MADDALENA, *I parchi e le riserva naturali tra stato e regioni*, in *Riv. amm.*, 1995, I, 851 e ss.; D. BORGONUOVO RE, *Parchi naturali e regionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, 1995, 595 e ss.; G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino, 1994; B. CARAVITA, *Potenzialità e limiti della recente legge sulle aree protette*, in *Riv. giur. ambiente*, 1994, 1 e ss.; AA.VV., *Istituzione e regolamentazione dei parchi naturali. Il caso del Parco naturale dei Monti Sibillini* (Atti del convegno C.I.S.A. di Sarnano dell'8-10 maggio 1992), in *Nuova rass.*, 1993, 1189 e ss.

prossimità in grado di attivare temporaneamente gli impianti in caso di intrusione o per necessità di utilizzo.

#### 4. Uno sguardo alla Legge quadro sulle Aree Protette.

Occorre ora sinteticamente esaminare il contenuto della Legge quadro sulle Aree Protette (Legge 6 dicembre 1991, n. 394), presa in esame anche dai supremi Giudici nella sentenza che si commenta. Essa rappresenta il primo significativo intervento legislativo diretto alla conservazione ed alla valorizzazione del patrimonio naturale italiano (di cui se ne individua il fondamento negli artt. 9 e 32 della Costituzione), sottoponendo determinati territori – che costituiscono le c.d. aree naturali protette e che devono essere individuati con appositi provvedimenti legislativi – ad un regime speciale di tutela e di gestione, al fine di proteggerne gli ecosistemi e permettere l'integrazione tra uomo e ambiente naturale (art. 1, comma 3).

Rientrano nella nozione di "aree protette" i parchi nazionali e le riserve naturali statali, i parchi e le riserve regionali e le aree protette marine<sup>16</sup>, la cui gestione, pianificazione e controllo è demandata – mutuando, sul punto, i modelli proposti dalle migliori esperienze regionali – agli enti di gestione dei parchi (nazionali e regionali)<sup>17</sup>. Ed invero, a tali enti spettano sia poteri statutari e regolamentari (di nulla osta, cautelari e di autotutela) sia funzioni di promozione e di incentivazione delle attività economiche, scientifiche e ricreative, purché queste siano compatibili con la salvaguardia "integrale" delle aree protette.

L'organizzazione del territorio e la disciplina delle attività e delle opere all'interno delle aree protette nazionali, in funzione di tutela dei valori naturali ed ambientali, compete a due strumenti aventi carattere generale (*i.e.* il piano per il parco ed il regolamento del parco) e ad uno di carattere particolare (il nulla osta). Il piano, che viene predisposto dall'ente parco e che viene adottato con legge regionale pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale e sul Bollettino Ufficiale della regione, definisce l'organizzazione generale del territorio, l'articolazione di questo in aree, i vincoli e le

<sup>16</sup> C. MINIOTTI, *La legge quadro sulle aree protette ed il sistema sanzionatorio in materia di protezione dell'ambiente e della natura*, in *Dir. giur. Agr.*, 1993, 271 e ss.

<sup>17</sup> **LOTTINI**, *Paesaggio ed aree protette*, *Commento all'art. 30 L. 394/91*, in *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali. Diritto penale, parte generale*. (a cura di) M. Mantovani, 2000; F. NOVARESE, *Profili penalistici della legge quadro sulle aree protette*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1993, II, 7 ss.; AA.VV. *Codice delle Aree protette*, 1999.

destinazioni di uso, i sistemi di accessibilità veicolare e pedonale, i servizi e le attrezzature ivi ammesse<sup>18</sup>.

Il regolamento del parco, invece, predisposto sempre dall'Ente parco, disciplina sia tutte quelle attività che possono essere effettivamente consentite nel territorio protetto sia quelle vietate in quanto pregiudizievoli per la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati, con particolare riguardo alla flora ed alla fauna (art. 11, lett. f).

I regolamenti sono quindi tenuti a garantire che le attività poste in essere entro i parchi rispettino le specifiche caratteristiche naturali paesistiche, antropologiche, storiche e culturali dei luoghi.

---

<sup>18</sup> Secondo l'art. 6 «In caso di necessità ed urgenza il Ministro dell'ambiente e le regioni, secondo le rispettive competenze, possono individuare aree da proteggere ai sensi della presente legge ed adottare su di esse misure di salvaguardia. Per quanto concerne le aree protette marine detti poteri sono esercitati dal Ministro dell'ambiente di concerto con il Ministro della marina mercantile. Nei casi previsti dal presente comma la proposta d'istituzione dell'area protetta e le relative misure di salvaguardia devono essere esaminate dal Comitato nella prima seduta successiva alla pubblicazione del provvedimento di individuazione dell'area stessa. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 5 della legge 8 luglio 1986, n. 349, in materia di individuazione di zone di importanza naturalistica nazionale ed internazionale, nonché dall'articolo 7 della legge 3 marzo 1987, n. 59. 2. Dalla pubblicazione del programma fino all'istituzione delle singole aree protette operano direttamente le misure di salvaguardia di cui al comma 3 nonché le altre specifiche misure eventualmente individuate nel programma stesso e si applicano le misure di incentivazione di cui all'articolo 7. 3. Sono vietati fuori dei centri edificati di cui all'articolo 18 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, e, per gravi motivi di salvaguardia ambientale, con provvedimento motivato, anche nei centri edificati, l'esecuzione di nuove costruzioni e la trasformazione di quelle esistenti, qualsiasi mutamento dell'utilizzazione dei terreni con destinazione diversa da quella agricola e quant'altro possa incidere sulla morfologia del territorio, sugli equilibri ecologici, idraulici ed idrogeotermici e sulle finalità istitutive dell'area protetta. In caso di necessità ed urgenza, il Ministro dell'ambiente, con provvedimento motivato, sentita la Consulta, può consentire deroghe alle misure di salvaguardia in questione, prescrivendo le modalità di attuazione di lavori ed opere idonei a salvaguardare l'integrità dei luoghi e dell'ambiente naturale. Resta ferma la possibilità di realizzare interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria di cui alle lettere a) e b) del primo comma dell'articolo 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457, dandone comunicazione al Ministro dell'ambiente e alla regione interessata. 4. Dall'istituzione della singola area protetta sino all'approvazione del relativo regolamento operano i divieti e le procedure per eventuali deroghe di cui all'articolo 11. 5. Per le aree protette marine le misure di salvaguardia sono adottate ai sensi dell'articolo 7 della legge 3 marzo 1987, n. 59. 6. L'inosservanza delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 comporta la riduzione in pristino dei luoghi e la eventuale ricostituzione delle specie vegetali ed animali danneggiate a spese dell'inadempiente. Sono solidalmente responsabili per le spese il committente, il titolare dell'impresa e il direttore dei lavori in caso di costruzione e trasformazione di opere. Accertata l'inosservanza, il Ministro dell'ambiente o l'autorità di gestione ingiunge al trasgressore l'ordine di riduzione in pristino e, ove questi non provveda entro il termine assegnato, che non può essere inferiore a trenta giorni, dispone l'esecuzione in danno degli inadempienti secondo la procedura di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 27 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, ovvero avvalendosi del Corpo forestale dello Stato o del nucleo operativo ecologico di cui al comma 4 dell'articolo 8 della legge 8 luglio 1986, n. 349. La nota relativa alle spese è resa esecutiva dal Ministro dell'ambiente ed è riscossa ai sensi del testo unico delle disposizioni di legge relative alla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato, approvato con regio decreto 14 aprile 1910, n. 639».

Infine, il nulla osta, sempre di competenza dell'Ente parco, rappresenta il presupposto necessario ed indispensabile per il rilascio di titoli abilitativi oltre che per gli interventi, le opere e gli impianti all'interno delle aree protette.

Fino a quando non viene formalmente costituito, istituito e regolamentato un parco, nazionale o regionale, il Ministro dell'Ambiente può adottare, in casi di necessità ed urgenza, specifiche misure precipuamente indicate all'art. 6 della legge quadro e volte a salvaguardare l'area. Esse vietano tutte quelle attività umane che possono mettere in pericolo l'ambiente in zone non ancora formalmente istituite come aree protette, anche se destinate a divenire tali e proprio al fine di proteggerle.

La tutela penale delle aree protette copre quindi sia la fase di istituzione del parco naturale, in cui trovano applicazione – in via provvisoria – le predette misure di salvaguardia, sia le fasi successive, che prendono avvio con il provvedimento di formale istituzione dell'area ed in cui è fatto divieto di porre in essere tutti quei comportamenti che possono compromettere la salvaguardia delle aree già istituite ed indicate agli artt. 11, comma 3 e 19, comma 3<sup>19</sup> della legge.

Ed invero, la contravvenzione di cui all'art. 30, al fine di assicurare la massima tutela delle aree protette, punisce – tanto per dolo quanto per colpa, con la pena dell'arresto ovvero dell'ammenda – l'autore di tutte quelle attività che, anche solo potenzialmente, possono rappresentare un pericolo per l'integrità delle aree, rinviando, per l'individuazione del precetto, alle «*disposizioni di cui agli articoli 6 e 13*» ed altresì a quelle «*di cui agli articoli 11, comma 3, e 19, comma 3*», secondo il modello della norma penale in bianco.

Sono sanzionati in modo più grave i casi di inottemperanza alle c.d. misure di salvaguardia, adottate a livello nazionale oppure dalle regioni ed indicate al citato art. 6 della legge quadro<sup>20</sup>; tra queste, ad esempio: l'inosservanza del divieto di

<sup>19</sup> La norma prevede, a titolo – s'è detto – meramente indicativo: «*a) la cattura, l'uccisione, il danneggiamento, il disturbo delle specie animali; la raccolta ed il danneggiamento delle specie vegetali (salvo nei territori ove sono consentite le attività agro-silvo-pastorali) e l'introduzione di specie estranee, vegetali o animali che possano alterare l'equilibrio naturale; b) l'apertura e l'esercizio di cave miniere e discariche e l'asportazione di minerali; c) la modificazione del regime delle acque; d) lo svolgimento di attività pubblicitarie al di fuori dei centri urbani non autorizzate dall'Ente Parco; e) l'introduzione e l'impiego di qualsiasi mezzo di distruzione o di alterazione dei cicli biogeochimici; f) l'introduzione da parte dei privati di armi, esplosivi, e qualsiasi mezzo distruttivo e di cattura, se non autorizzati; g) l'uso di fuochi all'aperto; h) il sorvolo di velivoli non autorizzato, salvo quanto stabilito dalle leggi sulla disciplina del volo*».

<sup>20</sup> In particolare, la giurisprudenza di legittimità, nelle poche pronunce esistenti, ha avuto modo di affermare, ad esempio, che la installazione di una insegna pubblicitaria in un'area protetta ai sensi della legge 6 dicembre 1991 n. 394 configura, in difetto dell'autorizzazione dell'Ente parco, il reato di cui all'art. 30 della legge, diversamente da quanto previsto dagli artt. 153 e 168 del D. Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 (cosiddetto codice Urbani) per la

*«esecuzione di nuove costruzioni e la trasformazione di quelle esistenti, qualsiasi mutamento dell'utilizzazione dei terreni con destinazione diversa da quella agricola e quanto altro possa incidere sulla morfologia del territorio, sugli equilibri ecologici, idraulici ed idrogeotermici oltre che sulle finalità istitutive dell'area protetta».*

Sono altresì sanzionate, seppur in misura meno grave, le violazioni del divieto, previsto all'art. 11 comma 3, di compiere attività ed opere che possano compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali dei parchi e delle riserve naturali, ed altresì di quelle contemplate all'art. 19, comma 3, per le aree marine protette. Nel dettaglio, l'art. 11, comma 3, sancisce il generale divieto di porre in essere attività pregiudizievoli per la conservazione dell'ambiente protetto e, poi, fornisce una elencazione, esemplificativa e non tassativa, di quelle condotte ritenute pericolose per l'habitat tutelato<sup>21</sup>. In maniera non dissimile l'art. 19, comma 3, vieta determinate attività nelle aree marine protette, tra cui: a) la cattura, la raccolta e il danneggiamento delle specie animali e vegetali nonché l'asportazione di minerali e di reperti archeologici; b) l'alterazione dell'ambiente geofisico e delle caratteristiche chimiche e idrobiologiche delle acque; c) lo svolgimento di attività pubblicitarie; d) l'introduzione di armi, esplosivi e ogni altro mezzo distruttivo e di cattura; e) la navigazione a motore; f) ogni forma di discarica di rifiuti solidi e liquidi<sup>22</sup>.

---

installazione, in assenza di autorizzazione da parte dell'autorità proposta alla tutela del vincolo, nelle zone sottoposte a vincolo paesaggistico, in relazione alle quali si configura un semplice illecito amministrativo, attesa la piena autonomia, rispetto a quella paesaggistica, della normativa sulle aree protette, che non ha per oggetto la sola tutela del paesaggio, ma quella più ampia dei valori ambientali complessivi dell'ecosistema (così Cass. pen. sez. III, 11 luglio 2006, n. 34415). Si è poi chiarito che in tema di tutela delle aree protette, i divieti di effettuazione di attività che possano compromettere la salvaguardia di tali aree di cui all'art. 11 legge 394/1991 si applicano anche con riferimento ai parchi naturali regionali e possono essere derogati solo per effetto dei relativi regolamenti, la cui adozione spetta agli Enti Parco. È peraltro pacifico che in tema di tutela penale delle aree protette, integri il reato di cui agli artt. 13 e 30 legge 394/1991 la mancanza del nulla osta dell'Ente parco in aree protette nazionali e non in quelle regionali, restando, in ogni caso, configurabile, in caso di violazione delle misure di salvaguardia previste per le aree protette regionali, il reato di cui agli artt. 6 e 30 della citata legge (così, Cass. pen. sez. III, 8 ottobre 2008, n. 46079). Per quanto concerne l'interpretazione della giurisprudenza amministrativa, poi, si è chiarito che la previsione di cui all'art. 11, comma 3, legge 394/1991, si deve considerare rivolta, in via programmatica, all'inibizione di attività ed opere in concreto idonee ad incidere in senso negativo sul paesaggio e sull'ambiente tutelati; ne deriva che se sono vietate in via astratta le attività espressamente elencate nella normativa, ogni altra attività ed ogni altra opera risulta inibita solo in caso di giudizio negativo in concreto (così, Cons. St., Sez. VI, 19 febbraio 2008, n. 561).

<sup>21</sup> Così, Cass. Pen., sez. III, 21 maggio 2008, n. 205.

<sup>22</sup> Sorge però un dubbio circa la corretta qualificazione del fatto, così come contestato all'imputato, nella sentenza in esame. Se all'inizio del procedimento si era ravvisata la violazione degli artt. 30 e 11, comma 3, si è poi passato, nel corso del giudizio di merito, a contestare la, più grave, violazione degli artt. 30 e 6, comma 3. Come anzidetto, la prima ipotesi di reato sanziona l'inosservanza delle prescrizioni del regolamento, adottato dall'Ente parco e che deve indicare una serie "essenziale" di comportamenti vietati, accomunati dalla loro potenzialità lesiva per il bene protetto; la seconda, invece, sanziona le violazioni di specifiche misure adottate in via preventiva, in attesa che un'area naturale da proteggere venga formalmente istituita. Orbene, dato che il

L'art. 13, infine, impone – al fine di ottenere il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno del parco – il preventivo nulla osta dell'Ente parco, con la conseguenza che – laddove si eseguano interventi nei parchi in assenza di esso, si incorrerà nelle previsioni di cui all'art. 30 della legge quadro.

In sintesi, tutte le norme anzidette tendono ad assicurare la massima tutela delle aree protette, cercando di impedire o di limitare quelle attività che, anche solo potenzialmente, possono rappresentare un pericolo per l'integrità degli ecosistemi.

## **5. La decisione della sentenza in commento: la rilevanza – anche penale – dell'inquinamento luminoso.**

Inquadrate il contesto normativo, meritano ora di essere prese in esame le risultanze a cui perviene la Cassazione con la pronuncia citata.

La suprema Corte, premesso che, in tema di tutela delle aree protette, *«i divieti di effettuare attività che possano comprometterne la salvaguardia si applicano anche con riferimento ai parchi naturali regionali e possono essere derogati solo per effetto dei relativi regolamenti»* la cui adozione – come detto – spetta agli enti parco<sup>23</sup> e rilevato che, *«a norma dell'art. 30, comma 8, legge 394/1991, le sanzioni penali previste dal comma 1 si applicano anche in relazione alla violazione delle disposizioni di legge regionali che prevedono misure di salvaguardia in vista della istituzione di aree protette e con riguardo alla trasgressione di regolamenti di parchi naturali regionali»*, ha condiviso le argomentazioni dei giudici di merito ed ha ritenuto che le condotte ascritte all'imputato fossero state capaci di porre in pericolo l'area circostante. Facendo leva sul contenuto degli artt. 6 e 30 della legge 394/1991 e sull'art. 49 del regolamento del parco, la Corte ha ritenuto che le condotte dell'imputato, poste in essere all'interno di un'area naturale protetta, fossero oggettivamente lesive dell'equilibrio ecologico e quindi fossero idonee ad

---

parco regionale Migliarino San Rossore Massaciuccoli è stato istituito con la legge regionale 13 dicembre 1979 n. 61, non c'è chi non veda come sarebbe stato più corretto applicare la disposizione di cui all'art. 11 in luogo di quella prevista dall'art. 6.

<sup>23</sup> Si segnala come esprima una opinione favorevole circa la decisione della Corte, secondo cui la pronuncia non può che essere condivisa sia per la valutazione, in chiave di precisa offensività, del comportamento tenuto dall'imputato sia per il forte richiamo alle Istituzioni a prestare la massima attenzione ai danni, anche non immediati, che possono derivare dall'utilizzo spregiudicato di "luci e suoni" da parte dei gestori di locali pubblici.

integrare il pericolo concreto di un danno all'ecosistema<sup>24</sup>. Ed invero, ad avviso degli ermellini, sussiste – ed è stato concretamente accertato – il pericolo per la flora e la fauna del parco derivante dalle emissioni acustiche e luminose, valutazione operata in termini di attività pericolosa alla stregua del comune apprezzamento e delle diffuse massime di esperienza oltre che in ossequio al principio di offensività. Difatti, *«la diffusione di musica ad alto volume all'esterno del locale, ove al momento degli accertamenti di polizia giudiziaria gli avventori ballavano - sì che quel luogo, adibito a bar/ristorante, era stato di fatto destinato a discoteca all'aperto, in quanto era stata organizzata una discoteca nell'area esterna al bar mediante posizionamento di casse acustiche fissate nel sotto gronda del locale- ha indotto i giudici di merito a ritenere integrata la contravvenzione oggetto di contestazione, essendosi peraltro accertato, in occasione»* di entrambi i sopralluoghi effettuati degli operanti *«(peraltro, nel primo sopralluogo, avvertiti da turisti che lamentavano un eccesso di rumore e di confusione proveniente dai locali), che dal locale provenivano forti emissioni musicali e luminose»*.

D'altronde, la proiezione verso l'alto, in plurime direzioni, di fasci di luci bianche e colorate, di pari intensità, costituisce una condotta vietata dall'art. 6 legge 394/1991, nella parte in cui proibisce *«quant'altro possa incidere sulla morfologia del territorio, sugli equilibri ecologici, idraulici ed idrogeotermici e sulle finalità istitutive dell'area protetta»*. A ciò, peraltro, deve essere aggiunto *«quanto disposto dall'art. 49 del Regolamento dell'Ente Parco, che sancisce il divieto di "tutte le emissioni luminose, fisse o temporanee, che possono arrecare disturbo agli habitat naturali, agli utenti del Parco nonché alla tranquillità dei luoghi"»*. Dunque, le ripetute emissioni luminose operate dal gestore del locale, costituite da luci colorate che si alternavano e luci bianche e che si irradiavano verso il cielo, sono state ritenute idonee ad incidere tanto sulla morfologia del territorio quanto sugli equilibri ecologici dello stesso. A riprova, in occasione degli accertamenti eseguiti, era stata riscontrata l'assenza nelle zone limitrofe al locale della fauna selvatica, che di regola invece abbonda in quelle zone; anche simili circostanze hanno permesso ai giudici di ritenere legittimamente raggiunta la prova dei reati ascritti al ricorrente.

<sup>24</sup> M. S. GIANNINI, *Ambiente, saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1973, 15.

## **6. Qualche considerazione penalistica a margine di una materia (ancora) *in fieri*.**

La progressiva presa di coscienza circa i rischi per gli habitat naturali conseguenti all'emissione di luci artificiali, da un lato giustifica la maggiore attenzione rivolta al tema dell'inquinamento luminoso, che deve iniziare ad interessare anche le autorità di regolazione, dall'altro rende altamente significativa la specifica attenzione che la normativa regionale ha dedicato ad un simile fenomeno, potenzialmente idoneo ad arrecare disturbo agli equilibri dell'ecosistema, in particolar modo ove simili condotte si verificano, come nel caso di specie, in un'area protetta.

In questo contesto, il percorso argomentativo tracciato dalla Corte si segnala per aver affrontato sotto il profilo penale questa nuova forma di inquinamento, e per avere – quindi – ritenuto i fasci di luce di forte intensità, emessi nell'ambiente circostante, idonei ad arrecare un pregiudizio all'equilibrio degli habitat naturali ed a porre in pericolo le specie animali che ivi risiedono.

Posto, quindi, che la decisione dei supremi Giudici rappresenta un'indubbia novità nel panorama penalistico, occorre brevemente indugiare sulla rilevanza del fenomeno e cercare di trarre qualche conclusione sul punto<sup>25</sup>. Non ci si può infatti esimere dal valutare la *ratio* e l'opportunità di ricorrere allo strumento penale per contrastare il fenomeno e dallo svolgere qualche (più o meno opportuna) valutazione; una simile pronuncia presta infatti il fianco a considerazioni circa il bene giuridico tutelato dalle fattispecie penali a tutela dell'ambiente e la fragilità della loro tipizzazione, che non manca di suscitare perplessità in ordine alla violazione dei principi di tassatività ed offensività, oltre che sulle modalità con cui – posto il divieto di analogia in materia penale – potranno essere in futuro sanzionati quei comportamenti in grado di danneggiare o porre in pericolo, tramite sorgenti luminose artificiali, l'ambiente e gli habitat naturali.

### **6.1. La problematica individuazione del bene giuridico protetto.**

---

<sup>25</sup> Il riferimento è alla legge 22 maggio 2015 n. 68, con la quale sono stati introdotti nel Codice penale specifici delitti contro l'ambiente, previsti – appunto – al Titolo VI-bis, recante “*Dei delitti contro l'ambiente*”.

Risulta difficile fornire una definizione condivisa di ambiente, mancando qualsiasi riferimento normativo che possa delineare tale concetto: già sotto il profilo etimologico, il termine ambiente (dal latino *ambire*, cioè “*tutto ciò che sta intorno*”) si dimostra estremamente ampio. E proprio tale generica definizione complica la ricerca della concreta estensione del bene giuridico, che può consistere tanto in un ambiente naturale, cioè in uno spazio ancora incontaminato e formato solamente dalla natura e dai suoi elementi, quanto in un ambiente antropizzato, sul quale si è avuto l'intervento dell'uomo. Dunque, ad una nozione più ristretta, riferita alle sole componenti della biosfera, quali acqua, aria e suolo, oltre che alla flora e alla fauna che la abitano, si contrappone una nozione più ampia che estende il concetto anche al territorio, inteso come assetto urbanistico, paesaggio e beni culturali<sup>26</sup>. Tuttavia, se l'ambiente venisse inteso solo in senso naturale e se solo questa dimensione fosse soggetta a salvaguardia, il bene giuridico tutelato sarebbe estremamente ridotto e limitato, dal momento che le azioni antropiche che incidono su di esso sono frequenti e sono rari gli spazi in cui l'uomo non è ancora intervenuto. È preferibile – ed è stata “condivisa” da recenti interventi legislativi<sup>27</sup> – tale ultima accezione, che valuta quindi meritevole di tutela non soltanto l'ambiente nella sua connotazione originaria e prettamente naturale, ma anche l'ambiente come risultato delle trasformazioni operate dall'uomo.

Così – per vero – anche la giurisprudenza. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 29901/2018<sup>28</sup>, ha ritenuto che la progressiva presa di coscienza circa la «*gravità dei rischi per l'ambiente derivanti da uno sviluppo tecnologico e scientifico indiscriminato e senza regole, oltre che della serietà del danno arrecato al bene ambiente da eventi macroscopici, capaci di contaminare intere aree geografiche del territorio in modo irreversibile e procurare una rilevante offesa ad interessi giuridici collettivi fondamentali come l'ambiente e l'incolumità pubblica*», abbia indotto il legislatore a proteggere l'ambiente inteso non quale strumento per la salvaguardia di altri beni tradizionalmente tutelati, quali

<sup>26</sup> Così, Cass. pen., sez. III, Sent. 18 giugno 2018, n. 29901, secondo cui «*per "ambiente" deve intendersi, secondo una concezione unitaria, non solo il contesto delle risorse naturali, ma anche l'insieme delle opere di trasformazioni operate dall'uomo e meritevoli di tutela*».

<sup>27</sup> C.M. GRILLO, *La politica criminale in Italia nel quadro della lotta alla criminalità ambientale (parte I)*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011, 7, 647; ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2012, 135 e ss; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Padova, 1979, 232 e ss.

<sup>28</sup> Così, A. MILITA, *Il disastro ambientale, da delitto innominato a tipico: la qualificazione del delitto come eventualmente permanente e le responsabilità patrimoniali*, in *Riv. Lexambiente*, 2015; L. STORTONI, *Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza del sistema*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1/2019, 379 ss.

salute, lavoro, pubblica incolumità, ma come bene per sé stesso meritevole di protezione.

## **6.2. La (in)determinatezza delle norme penali ambientali.**

Il principio di tassatività, quale corollario del principio di legalità di cui all'art. 25 comma 2 Cost., esige che il legislatore delinei con sufficiente precisione il contenuto della norma penale, così da offrire ai consociati cognizione certa, chiara ed immediata del valore precettivo della disposizione incriminatrice.

Tale principio ha una duplice funzione garantista, essendo strumentale ad assicurare – da un lato – la democraticità della scelta punitiva e la legittimazione politica sottesa al principio di riserva di legge e – dall'altro – l'esigenza liberale di prevedibilità del trattamento punitivo delle proprie azioni, sottesa al principio di irretroattività della norma penale<sup>29</sup>.

In materia ambientale il legislatore tende però a fare frequente ricorso a formule elastiche che, proprio in quanto caratterizzate dall'uso di sostantivi contraddistinti da un alto tasso di genericità, aprono a svariate interpretazioni, a cui potrebbero pervenire i futuri giudici che potrebbero essere chiamati a esaminare simili disposizioni.

Ne è un esempio la locuzione "*quant'altro possa incidere sulla morfologia del territorio, sugli equilibri ecologici, idraulici ed idrogeotermici e sulle finalità istitutive dell'area protetta*", prevista a chiusura dell'art. 6 l. 349/1991. A dimostrazione, nel caso poc'anzi esaminato, infatti, tutti i tre giudici hanno infatti ritenuto che anche il rilascio nell'ambiente di forti sorgenti luminose potesse essere ricompreso nell'espressione "*quant'altro*", prevista dalla norma, e dunque potesse rappresentare un elemento tale da incidere sugli equilibri ecologici e sulle finalità istitutive dell'area oggetto di interesse. L'impiego di simili espressioni lascia il campo però ad una serie sconfinata di interpretazioni.

---

<sup>29</sup> M GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro penale*, 1969, 3 ss.; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, ANGIONI, *Il pericolo concreto*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, 175 ss.; S. CANESTRARI, voce *Reato di pericolo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990; D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale "senza prova"*, Reggio Calabria, 2008; M. CATENACCI, *Reati ambientali e principio di offensività*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, n. 0/2010, 48 e ss;

Una tale prospettiva non può che suscitare dubbi circa il rispetto del principio di tassatività della legge penale, la cui violazione, non a caso, è stata in più occasioni denunciata in materia penale ambientale.

Il frequente ricorso nel settore penale ambientale ai reati c.d. di pericolo – che già di per sé rischiano di offrire scarse garanzie di determinatezza – reati caratterizzati, peraltro, da una tecnica di incriminazione che ricorre ad espressione vaghe ed incerte, rischia – quale conseguenza – di lasciare ampi spazi all'interprete<sup>30</sup>, che è (e sarà) chiamato a chiarire il significato delle espressioni impiegate dal legislatore ed a delimitarne l'ambito applicativo.

### **6.3. Principio di offensività e reati ambientali.**

In forza del principio di offensività, la sanzione penale viene subordinata all'offesa, nella forma della lesione – quale nocumento effettivo – ovvero in quella della messa in pericolo – nocumento potenziale – di un determinato bene giuridico. In materia penale ambientale, la particolare natura del bene protetto e le modalità di aggressione del medesimo, oltre l'irreversibilità di taluni danni ed il loro manifestarsi a lunga distanza di tempo rispetto alla condotta causativa dell'evento, nonché – ancora – le difficoltà che in materia ambientale si profilano nell'accertamento del nesso eziologico, hanno indotto il legislatore ad “anticipare” la soglia della tutela penale, ricorrendo alla creazione di fattispecie di pericolo concreto – fattispecie, cioè, la cui sussistenza è subordinata all'effettiva presenza del pericolo quale elemento tipico espresso che il giudice è tenuto ad accertare in concreto – e di pericolo astratto, la cui pericolosità è presunta *ex lege*, in riferimento a condotte tipizzate, prodromiche rispetto al verificarsi di possibili danni a beni giuridici protetti.

Ed invero, fatta eccezione per i citati delitti introdotti dalla novella del 2015 nel codice penale, tipizzati dal legislatore sotto forma di reati di danno, gli altri illeciti ambientali sono – per la maggior parte – riconducibili alla categoria dei reati di pericolo. Se nei reati di pericolo concreto il giudice è chiamato ad operare un giudizio di pericolo il quale richiede un duplice accertamento – la probabilità di verificazione dell'evento dannoso, da valutare in base all'usuale criterio della prognosi postuma *ex ante*, ed il grado del pericolo penalmente rilevante inteso come possibilità (o

<sup>30</sup> L'espressione è di M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 2004, 343.

probabilità) significativa che si realizzi l'evento lesivo con una data frequenza statistica – nei reati di pericolo presunto il pericolo è insito nella condotta che si assume – per comune esperienza – pericolosa. In tali casi al giudice penale non è richiesta alcuna prova circa l'effettiva messa in pericolo del bene protetto – non è quindi necessario accertare se la condotta sia stata causa di un danno o di una specifica situazione di pericolo per l'equilibrio ecologico di questo o di quel territorio – dovendosi solo verificare se la condotta che, in base a regole di esperienza, si presume causativa di un pericolo per l'ambiente, abbia – o meno – rispettato quegli *standards* di sicurezza la cui osservanza diminuisce o – financo – elimina la pericolosità dei descritti comportamenti<sup>31</sup>.

Ai fini della sussunzione del fatto concreto entro la fattispecie astratta, pertanto, al giudice è precluso qualsiasi apprezzamento in merito alla ricorrenza di un pericolo effettivo per il bene protetto, dovendo lo stesso solo limitarsi, ai fini della punibilità, a verificare se il comportamento tenuto dall'agente sia rispondente a quello descritto dalla fattispecie.

Se un tale aspetto rende i reati di pericolo astratto un *“rimedio raccomandabile alle difficoltà di prova del pericolo concreto”*<sup>32</sup>, gli stessi, largamente impiegati in materia ambientale, non mancano però di suscitare problemi, soprattutto, in ragione della propria struttura ontologica, costruita – come detto – su forme *“standardizzate”* di aggressione a beni giuridici la cui pericolosità è statisticamente acclarata, col rischio – però – che, almeno in alcuni casi, vengano punite delle condotte che solo formalmente sono riconducibili alla fattispecie tipica ma che – in realtà – sono prive di quella precipua pericolosità pronosticata, in astratto, dal legislatore.

La Corte costituzionale ha tuttavia affermato la compatibilità di tale tipologia di reati con il principio di offensività, il quale richiede necessariamente la lesione o – quantomeno – la messa in pericolo del bene giuridico protetto (in questo caso, il bene ambiente), compatibilità che sussiste *«purché l'intervento penale sia contenuto nei limiti della “non manifesta irragionevolezza”, mediante l'incriminazione dei soli comportamenti ritenuti ex ante idonei, secondo l'id quod plerumque accidit, a ledere il bene giuridico tutelato, e fermo restando il compito del giudice di verificare, alla luce delle circostanze del caso, che il fatto sia dotato di un minimum di potenzialità lesiva»*. Posto che *«l'ampia discrezionalità che*

<sup>31</sup> Corte cost., sent. 20 giugno 2008, n. 225.

<sup>32</sup> Si pensi, ad esempio, all'esperienza spagnola, G. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal Ambiental*, Valencia, 2013, 74 e ss.

*va riconosciuta al legislatore nella configurazione delle fattispecie criminose si estende alle modalità di protezione dei singoli beni o interessi» può rientrare in tale discrezionalità anche il ricorso a «forme di tutela avanzata, che colpiscano l'aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo, e l'individuazione della soglia di pericolosità cui connettere la risposta punitiva, nel rispetto del principio di necessaria offensività del reato». Si deve quindi ritenere ammissibile, sul piano costituzionale, «la previsione legislativa di reati di mero pericolo, qualora il bene tutelato, per il suo valore - come apprezzato dal legislatore (e nel caso specifico vi è un'espressa considerazione nel testo costituzionale tra i principi fondamentali: art. 9 Cost.) - esiga protezione anche da interventi potenziali» essendo, per il resto, «compito del giudice ordinario [attraverso un adeguato vaglio] evitare che - a fronte della descrizione, per certi versi, non particolarmente perspicua del fatto represso - la norma incriminatrice venga a colpire anche fatti concretamente privi di ogni connotato di pericolosità»<sup>33</sup>.*

La Consulta, quindi, ha sostanzialmente assimilato, in via interpretativa, i reati di pericolo astratto a quelli di pericolo concreto, nei quali la pericolosità del fatto è elemento strutturale del reato ed è, quindi, oggetto di concreto accertamento da parte del giudice. Se però, in ossequio a quanto previsto dalla Corte costituzionale, anche per i reati di pericolo astratto deve accertarsi effettivamente un minimo di offensività del fatto, nei casi concreti simili riscontri rischiano di ridursi a mera operazione retorica. Se, infatti, il ricorso alla categoria dei reati di pericolo nel campo del diritto penale ambientale trova la propria giustificazione sia in chiave di diritto comparato<sup>34</sup>,

<sup>33</sup> L'art. 1 della direttiva 92/43/CEE, alla lett. a) la definisce come il complesso di misure necessarie per mantenere o ripristinare gli habitat naturali e le popolazioni di specie di fauna e flora selvatiche in uno stato soddisfacente ai sensi delle lettere e) ed i), che - a loro volta - definiscono rispettivamente lo "stato di conservazione di un habitat naturale" (lett. e) - da intendersi come l'effetto della somma dei fattori che influiscono sull'habitat naturale in causa, nonché sulle specie tipiche che in esso si trovano e che possono alterare a lunga scadenza la sua ripartizione naturale, la sua struttura e le sue funzioni, nonché la sopravvivenza delle sue specie tipiche nel territorio - e lo "stato di conservazione di una specie" (lett. i), definito come l'effetto della somma dei fattori che, influenzando sulle specie in causa, possono alterare a lungo termine la ripartizione e l'importanza delle popolazioni nel territorio.

<sup>34</sup> Il D. Lgs. 152/2006 Nel dettaglio, l'art. 302, comma 1, prevede che "lo stato di conservazione di una specie" sia ritenuto favorevole quando: a) i dati relativi alla sua popolazione mostrano che essa si sta mantenendo, a lungo termine, come componente vitale dei suoi habitat naturali; b) l'area naturale della specie non si sta riducendo né si ridurrà verosimilmente in un futuro prevedibile; c) esiste, e verosimilmente continuerà ad esistere, un habitat sufficientemente ampio per mantenerne la popolazione a lungo termine. Invece, lo "stato di conservazione di un habitat naturale" (art. 302, comma 2) è favorevole quando: a) la sua area naturale e le zone in essa racchiuse sono stabili o in aumento; b) le strutture e le funzioni specifiche necessarie per il suo mantenimento a lungo termine esistono e continueranno verosimilmente a esistere in un futuro prevedibile; e c) lo stato di conservazione delle sue specie tipiche è favorevole. La norma definisce anche il danno ambientale, che ricorre quando si verifica un qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima.

sia in relazione alla frequente inadeguatezza del reato di danno, tanto per le particolarità degli eventi tipici dell'illecito ambientale quanto per il necessario bilanciamento tra la pluralità di interessi in gioco che impone di tenere in considerazione sia le esigenze di tutela ambientale sia quelle economiche e produttive, ciò nondimeno, non si può tacere il rischio, già anticipato, di punizione della mera disobbedienza e di tutela di beni giuridici quali le funzioni amministrative di controllo che, di per sé, non giustificherebbero alcuna sanzione penale.

#### **6.4. Le potenziali, ulteriori, fattispecie incriminatrici.**

Laddove all'interno di un parco naturale protetto si verificano emissioni di luci tali da alterare gli equilibri delle specie che ivi risiedono, potrà – quantomeno in astratto – farsi ricorso all'art. 30 della legge 349/1991.

Il quinto comma dell'art. 30 fa salvi però i casi in cui debbano trovare applicazione gli artt. 727-bis e 733-bis del codice penale, e cioè le contravvenzioni introdotte dal D. Lgs. n. 121/2011, con cui il legislatore italiano ha recepito la direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente tramite l'introduzione di tali due nuove fattispecie all'interno del codice penale e l'aggiunta di una serie cospicua di illeciti ambientali (all'art. 25-*undecies* D. Lgs. 231/2001) nel catalogo dei reati che possono costituire il presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti.

L'art. 727-bis c.p. sotto la rubrica "*Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette*", stabilisce, al primo comma, che sia punito chiunque, fuori dai casi consentiti, uccide, cattura o detiene esemplari appartenenti ad una specie animale selvatica protetta, salvo i casi in cui l'azione riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari ed abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie. Al secondo comma è previsto il caso in cui un soggetto, fuori dai casi consentiti, distrugga, prelevi o detenga esemplari appartenenti ad una specie vegetale selvatica protetta.

L'art. 733-bis c.p., invece, è rubricato "*Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto*". Tale contravvenzione punisce «*chiunque, fuori dai casi consentiti, distrugge un habitat all'interno di un sito protetto o comunque lo deteriora compromettendone lo stato di conservazione*».

Quanto al significato da attribuire ai termini “deterioramento”, “habitat all’interno di un sito protetto”, “stato di conservazione” e “compromissione”, tutti assai vaghi, corrono in aiuto le direttive comunitarie<sup>35</sup>, le previsioni normative nazionali<sup>36</sup> e lo stesso terzo comma dell’art. 733-bis c.p., che definisce il concetto di “habitat protetto”, nozione quest’ultima di assai elastica interpretazione giacché la condotta lesiva riguarda in questo caso non già – o non soltanto – una *res materiale*, bensì una sua condizione<sup>37</sup>.

Merita qualche breve considerazione il concetto di “deterioramento”, che va inteso in senso funzionale e non meramente quantitativo: potrà dirsi deteriorato un habitat che, in conseguenza dell’intervento illecito dell’uomo, divenga non favorevole ai fini dello stato di conservazione dello stesso e dunque, ad esempio, quando il fatto illecito abbia inciso sull’estensione dell’area naturale, sulla prognosi di futura sopravvivenza delle strutture necessarie per il suo mantenimento a lungo termine ovvero sullo stato di conservazione delle specie che vi insistono. È anche necessario che il giudicante operi una valutazione differenziale delle condizioni *ante* e *post* fatto illecito, anche se una simile valutazione ha grandi margini di incertezza, concettuale (giacché la norma evoca la necessità di una comparazione ipotetica tra quel che sarebbe lo stato delle cose se non fosse accaduto un certo evento) nonché - soprattutto - probatoria (perché detta valutazione impone di conoscere e dimostrare,

<sup>35</sup> È definito “habitat all’interno di un sito protetto” una qualsiasi zona classificata come “a tutela speciale” dall’art. 4, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2009/147/CE, ovvero un qualsiasi habitat naturale designato come zona speciale di conservazione a norma dell’art. 4, paragrafo 4, della direttiva 92/43/CE. Il rinvio alla normativa comunitaria si dimostra, come anticipato, spesso equivoco, lasciando il campo a rinvii interni alla normativa europea ed a strumenti interni di attuazione (decreti ministeriali e decreti del Presidente della Repubblica, provvedimenti giudiziari di sospensione degli atti amministrativi), incompatibili con le esigenze di determinatezza proprie della fattispecie penale. In via di estrema sintesi che per quanto riguarda la normativa italiana, al fine di individuare le aree in discorso si può fare riferimento alle seguenti fonti: 1) D.M. ambiente e tutela del territorio 3 settembre 2002, recante “Linee guida per la gestione dei siti Natura 2000”; 2) D.P.R. 8 settembre 1997, n. 357, recante “Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche”, a sua volta modificato dal D.P.R. 12 marzo 2003, n. 120; 3) Decreti del Ministero dell’ambiente e tutela del territorio e del mare 14 marzo 2011, aventi ad oggetto elenchi dei siti di importanza comunitaria (SIC) per le regioni biogeografiche italiane alpina, mediterranea e continentale, ai sensi della direttiva 92/43/CEE; 4) D.M. ambiente e tutela del territorio e del mare 17 ottobre 2007, “Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS)”, modificato dal D.M. ambiente e tutela del territorio e del mare 22 gennaio 2009; 5) D.M. ambiente e tutela del territorio e del mare 19 giugno 2009, contenente l’elenco delle zone di protezione speciale (ZPS) classificate ai sensi della direttiva 79/409/CEE.

<sup>36</sup> L. BISORI, *Le novità in materia di tutela penale dell’ambiente: una prima lettura del D. Lgs. 121/2011*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 1, 5.

<sup>37</sup> Così, M. SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali (note a margine del D. Lgs. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell’ambiente)*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, 2012, n. 1, 17-46.

secondo i canoni propri della prova a carico nel processo penale, quale fosse la condizione pregressa della matrice ambientale interessata)<sup>38</sup>.

Il reato di distruzione o di deterioramento di habitat, pur avendo natura contravvenzionale, non è di pericolo presunto ma è di danno nel caso della distruzione e di pericolo concreto nell'ipotesi di deterioramento con conseguente compromissione dello stato di conservazione dell'habitat.

La suddetta disposizione potrebbe poi concorrere con la speciale disciplina sanzionatoria in materia di aree protette, di cui alla legge n. 394/1991 (art. 30), che – come detto – punisce alla stregua di fattispecie contravvenzionali (comma 1) l'esecuzione di interventi non autorizzati o eseguiti in violazione delle misure di salvaguardia previste (con pena detentiva inferiore, congiunta a pena pecuniaria inferiore nel minimo ma superiore nel massimo), nonché (comma 2) l'esecuzione di specifiche categorie di lavori vietati (con pena complessivamente inferiore, perché alternativa).

Dinanzi ad una identità materiale di condotte ed a un rapporto di specialità sufficientemente evidente (l'assenza di autorizzazione per la realizzazione di un certo intervento, che si dimostri anche dannoso per la protezione dell'habitat protetto, rifluisce agevolmente nella previsione dei "casi non consentiti" dell'art. 733-bis), nonché a fronte della maggior gravità delle pene previste dal codice, facendo applicazione dei principi generali sul concorso apparente di norme penali, l'art. 733-bis c.p. dovrebbe assorbire (se non nella logica strutturale della specialità, in quella sostanziale della sussidiarietà) eventuali contravvenzioni ambientali punite meno gravemente, tra cui – quindi – quella di cui all'art. 30 legge 349/1991<sup>39</sup>.

Non è tuttavia azzardato ipotizzare che la giurisprudenza possa, in futuro, ammettere invece un concorso materiale tra i suddetti reati, argomentando essenzialmente in ragione della diversità dei beni giuridici tutelati<sup>40</sup>: la matrice

---

<sup>38</sup> Si veda, in dottrina, L. BISORI, *Le novità in materia di tutela penale dell'ambiente: una prima lettura del D. Lgs. 121/2011*, cit.

<sup>39</sup> Si pensi ai casi di «tipicità postuma», in cui si verifica una applicazione retrospettiva di norme incriminatrici non pensate, né volute, né suscettibili di riferimenti a questo o a quel comportamento. L'agente, in tali casi, saprà solo successivamente al fatto se un proprio comportamento può considerarsi illecito, in base – quindi – all'interpretazione discrezionale della giurisprudenza degli elementi normativi-valutativi delle fattispecie penali. Così, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, 46.

<sup>40</sup> Sul tema delle linee guida in generale e su alcune tipologie di linee guida in particolare si rinvia a ITALIA V., *Le linee guida e le leggi*, Giuffrè, 2016, CAPORALE M., *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, *www.federalismi.it*, 2/2020, 37. Per alcuni primi spunti, MORBIDELLI G., *Degli effetti giuridici della soft law*, (Editoriale), in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016,1; MANETTI M., *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee guida Anac*, in *Diritto Costituzionale*, rivista quadrimestrale, 1/2019;

ambientale e la sua conservazione nel caso dell'art. 733-bis c.p., l'interesse della pubblica amministrazione a conoscere preventivamente (ed a governare in prevenzione) gli interventi dei privati, indipendentemente dalla loro concreta idoneità lesiva rispetto al bene "finale" tutelato, nel caso di cui all'art. 30 legge quadro.

## **7. Per concludere.**

Pur essendo indubbia la rilevanza e la carica innovativa che la sentenza in commento riveste nella prevenzione e nella repressione del fenomeno dell'inquinamento luminoso, ad avviso di chi scrive l'impatto che effettivamente una simile pronuncia avrà su futuri procedimenti è destinato ad essere – nella pratica – fortemente circoscritto.

Ed invero il principio affermato dalla Suprema Corte non assume – e non potrà assumere – portata generale a fronte dell'assenza nel panorama nazionale di una norma volta a contrastare e reprimere il c.d. inquinamento luminoso. Potranno così aversi in futuro simili condanne – salvo che il legislatore non intervenga a disciplinare in maniera organica la materia ed a prevedere sanzioni penali che siano sufficientemente determinate – solo laddove l'emissione di luce avvenga all'interno di un'area naturale protetta e quindi solo ove possano trovare applicazione le disposizioni previste dalla legge 394/1991 ovvero le contravvenzioni di cui agli art. 727-bis c.p. e 733-bis c.p., pur con le criticità già espresse nei paragrafi che precedono.

V'è poi il rischio che la giurisprudenza, nel tentativo di incriminare un simile fenomeno in assenza di un qualche riferimento normativo, faccia ricorso anche alle disposizioni a tutela dell'ambiente previste nel codice penale (ipotesi queste delittuose di danno e di evento) ovvero ad altre leggi speciali – rischio peraltro frequente nel diritto penale ambientale in ragione dall'impiego da parte del legislatore di formule evanescenti – atteso che, talvolta, il giudice penale, posto

---

GHEZZI F., PINI GIAN G.D., *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in Riv. soc., 2015, fasc. 6, 1196 e ss.; DI COSIMO G., *Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la "privacy"*, 2011, in <http://www.osservatoriosullefonti.it/note-e-commenti>. FARES G., *Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità della procedura di accreditamenti*, in CARPANI G., FARES G., (a cura di), *Guida alle nuove norme sulla responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, 2017, Torino, Giappichelli, 2017 e si consenta il rinvio a INGENITO C., *Le linee guida: una categoria in continua metamorfosi*, in Quaderni Costituzionali, 1/2019.

dinnanzi alla messa in pericolo ovvero alla lesione di una matrice ambientale, anziché accertare *in primis* la conformità della condotta al fatto tipico descritto dalla fattispecie incriminatrice e – di poi – l'idoneità offensiva del comportamento a ledere o mettere in pericolo il bene giuridico tutelato, opera invece *a contrario*, con buona pace della tipicità<sup>41</sup> e – più in generale – del principio di legalità.

---

<sup>41</sup> Le prime manifestazioni del principio di leale collaborazione si rinvergono nel pensiero di Rudolf Smend che, in un saggio del 1916, elaborò il principio della Bundestreue o lealtà federale, SMEND R., *Staatrechtliche Abhandlungen*, Berlino, Duncker & Humblot, 1968, 39. Si rimanda all'approfondimento di Gratteri, op.cit., ma si vuol sottolineare, fin da ora, che fu Smend per primo a teorizzare l'idea secondo cui la Bundestreue (ed oggi la leale collaborazione) è un principio costituzionale non scritto e infatti, nonostante il principio sia noto nella pressoché totalità di questi ordinamenti, di norma manca la sua enunciazione. REPOSO A., *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, Giappichelli, 2000, 103 ss.

# IL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE E LE LINEE GUIDANELLE RECENTI SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA AMBIENTALE.

**Chiara Ingenito**

**ABSTRACT [ITA]:**Recentemente, diverse pronunce del 2018, 2019 e 2020, della Corte hanno affrontato il tema della redazione delle linee guida nell'esercizio della leale collaborazione tra Stato e Regione. In particolare, due sono stati gli aspetti interessanti, che meritano approfondimento, su cui la Corte si è soffermata: il primo concerne il ruolo delle linee guida, aventi ad oggetto le materie energia e ambiente, approvate in Conferenza Stato-Regione e quindi nell'esercizio della loro potestà. Il secondo, riguarda la qualificazione quali atti vincolanti delle linee guida elaborate ed approvate nella Conferenza unificata.

**ABSTRACT [ENG]:** *Recently, several rulings of the Court of 2018, 2019 and 2020 have addressed the issue of drafting guidelines in the exercise of collaboration between the State and Regions. In particular, there were two interesting aspects, which deserve further study, on which the Court focused: the first, concerns the role of the guidelines, concerning energy and environment, approved in the State-Regions Conference and therefore in the exercise of their authority. The second concerns the qualification as binding acts of the guidelines drawn up and approved between State and Regions.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione; - **2.** Il principio di leale collaborazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale; - **3.** Le linee guida: profili generali - **4.** La posizione della Corte sulle linee guida; - **4.1.** Le linee guida per l'autorizzazione degli impianti di produzione di elettricità da fonti rinnovabili e il principio di leale collaborazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale; - **4.2.** L'elaborazione, approvazione e adozione delle linee guida nell'ambito di una Conferenza: profili problematici; - **5.** Il ruolo delle linee guida quale espressione di leale collaborazione: una recente sentenza della Corte Costituzionale.

## 1. Introduzione.

Negli ultimi anni, la Corte Costituzionale si è trovata più volte ad affrontare, seppur incidentalmente, il tema delle linee guida<sup>1</sup> ed ha provato ad indagarne la natura giuridica, trattandosi di atti di incerta definizione. La lettura di alcune sentenze della Corte offre lo spunto per riflettere sul tema delle linee guida, soffermandosi, non solo sul loro rapporto con la norma primaria cui accedono e a cui fanno da supporto tecnico, ma anche sulla fase della loro elaborazione.

Recentemente, diverse pronunce della Corte hanno affrontato il tema della redazione delle linee guida nell'esercizio della leale collaborazione tra Stato e Regione. In particolare, due sono stati gli aspetti interessanti su cui la Corte si è soffermata: il primo concerne il ruolo delle linee guida, aventi ad oggetto le materie energia e ambiente, approvate in Conferenza Stato-Regione e quindi nell'esercizio della loro potestà. Il secondo, riguarda la qualificazione quali atti vincolanti delle linee guida elaborate ed approvate nella Conferenza unificata.

Il presente lavoro, ripensando, prima di tutto, al principio di leale collaborazione<sup>2</sup>, prova a darne una lettura alla luce di alcune recenti sentenze del 2018, 2019 e 2020, analizzandone la *ratio* nell'elaborazione ed approvazione delle linee guida e la loro qualificazione quali atti vincolanti, quando, come affermato dalla stessa Corte, si crea *“un intreccio inevitabile degli interessi connessi alle materie affidate alla competenza dello Stato e delle Regioni che richiede la messa in campo di istituti e procedure in grado di assicurare una previa mediazione delle rispettive esigenze in una logica di leale collaborazione”*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte Cost. sent. n. 242/1997.

<sup>2</sup> COSTANZO A., *Modelli, principi e loro genesi nelle argomentazioni interpretative. Il caso della collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, fasc. 7-8, pag. 2467.

<sup>3</sup> In presenza di attività miste, la necessaria collaborazione tra gli enti si eleva a strumento fondamentale attraverso cui superare il rigido modello della separazione, rivelatosi fattualmente impraticabile, garantendo così il corretto svolgimento delle competenze costituzionalmente loro attribuite.

## 2. Il principio di leale collaborazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La Costituzione riconosce e promuove un'idea di unità ed indivisibilità della Repubblica e, al tempo stesso, le autonomie territoriali e la tutela del modello Stato-Regioni. Originariamente, si prediligeva una rigida separazione di competenze per *“contemperare le due istanze contenute nell'art. 5 della Costituzione: il riconoscimento di sfere costituzionalmente garantite agli enti e l'individuazione di interessi unitari facenti capo allo Stato quale ente esponenziale della collettività nazionale”*<sup>4</sup>. Tuttavia, tale modello non si adattava pienamente alle situazioni concrete in cui lo Stato e le Regioni esercitano funzioni diverse su un medesimo bene, in ipotesi di c.d. *“attività miste”*<sup>5</sup>.

Pertanto, andava valorizzato un obbligo di collaborazione, che, ancor prima di essere definito, viene inteso dalla Corte quale *ovvia esigenza*<sup>6</sup>.

Con la sentenza della Corte costituzionale, n. 242 del 1997, la leale collaborazione viene definita quale *“principio guida che deve governare i rapporti tra Stato e Regioni nelle materie ed in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrono o si intersecano, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi”*<sup>7</sup>. Tale principio si inserisce in un modello cooperativo di regionalismo <sup>8</sup> che esige, ordinariamente, una

<sup>4</sup> Corte cost., sent. n. 49/1958 in cui la Corte afferma espressamente la «collaborazione» fra lo Stato e la Regione, sottolineando che tale rapporto *“è del tutto normale nel sistema delle nostre autonomie, sia che si tratti d'attività legislativa, sia che si tratti d'attività amministrativa”*. Questa si può definire una prima enunciazione del modello cooperativo tra Stato e Regioni e assieme del principio di leale collaborazione. In dottrina viene evidenziato infatti che il modello costituzionale della relazione tra Stato e Regioni si fonda sulla *“coesistenza e integrazione di attribuzioni, sia pure di diverso tipo e/o intensità, dello Stato e delle regioni all'interno delle stesse materie devolute a queste ultime”*. ANZON A., *Leale collaborazione tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, fasc. 6, 3532.

<sup>5</sup> Corte Cost., sent. n. 242/1997. Va precisato che, già in precedenza, la Corte aveva fornito una definizione di tale principio, con la sentenza n. 359/1985, la Corte l'aveva definito quale *“il principio la cui più elementare e generale espressione sta nell'imposizione del dovere di mutua informazione”*.

<sup>6</sup> In realtà, il principio affonda le proprie radici nei processi mediante i quali si sono costituiti gli stati federali moderni, esiti dell'unificazione di più stati che erano originariamente sovrani, in particolare il principio in parola venne effettivamente elaborato dopo che si finalizò il percorso di unificazione negli Stati Uniti e in Europa. MANGIAMELI S., *Il principio cooperativo nell'esperienza italiana del primo e del secondo regionalismo*, Roma, 2008, 14.

<sup>7</sup> Si rinvia al pensiero di CARROZZA P., *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le regioni*, 1989, 492, secondo cui le decisioni della Corte nelle quali il principio di leale collaborazione appare teorizzato sembrano *«il riflesso necessario di un assetto dei rapporti fra Stato ed enti decentrati più o meno consapevolmente delineato dallo stesso legislatore sempre più allontanandosi dal presunto quanto evanescente modello costituzionale»*.

<sup>8</sup> ANZON A., *Leale collaborazione tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3535

compenetrazione delle funzioni attribuite allo Stato con quelle attribuite alle Regioni (e viceversa), arrivando alla separazione solo eccezionalmente.

Se il modello cooperativo è quindi un presupposto per i rapporti fra Stato e Regioni, si potrebbe sostenere che il principio di leale collaborazione ne è un imprescindibile corollario.<sup>9</sup> Dobbiamo premettere che, nel tempo, la collaborazione ha subito un'evoluzione/rivoluzione, in primo luogo nelle pronunce della Corte Costituzionale che proveremo a ripercorrere. In un primo momento, la Corte Costituzionale aveva trattato il tema della leale collaborazione in modo *episodico*<sup>10</sup>, accennando, solo nel 1958, alla necessità di “*una stretta collaborazione*” tra lo Stato e le Regioni, senza accennare ad esso come ad un principio<sup>11</sup>, ma ribadendo in modo generico il rispetto delle disposizioni sugli strumenti cooperativi tra Stato e Regioni<sup>12</sup>. Con una pronuncia del 1966, la n. 120, la Corte richiamava i principi di correttezza su cui devono riposare i rapporti Stato e Regioni, facendo intendere che la collaborazione può essere intesa quale principio. In una pronuncia di poco successiva, la Corte faceva un passo ancora avanti e definiva la collaborazione e il coordinamento tra Stato e Regione quali strumenti a garanzia dell'unità dello Stato e di un armonico svolgimento dei rapporti tra i due Enti<sup>13</sup>. Successivamente<sup>14</sup>, con due

<sup>9</sup> Si richiamano le sentenze n. 67 e 68/1962, 80/1963 e 1 e 105/1968.

<sup>10</sup> Corte Cost., sent. n. 49/1958. Sul tema, per una generale panoramica, GRATTERI A., *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione in La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003, Giappichelli Editore, Torino 2003; AGOSTA S., *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008, 101 e ss.; MANGIAMELI, op.cit., 31 e ss., COVINO F., *Leale collaborazione e funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2018, 79.

<sup>11</sup> Corte cost., sent. n. 116/1967 punto 2 Considerato in diritto.

<sup>12</sup> Nel 1972 la Corte fa un ulteriore passo in avanti, affermando che “*deve ammettersi che, nello spirito di una necessaria collaborazione fra tutti gli organi centrali e periferici che, pur nella varia differenziazione di appartenenza, sostengono la struttura unitaria dello Stato, questo possa utilizzare direttamente (...) gli uffici ed il personale di tutti gli enti autonomi, compresi quelli delle Regioni*», aggiungendo altresì che questo «*principio rilevabile dal sistema, trova autorevole conferma nell'art. 118, comma terzo della Costituzione, laddove si dispone che la Regione esercita normalmente le funzioni amministrative delegandole alle Province, ai comuni o ad altri enti locali o anche avvalendosi dei loro uffici*», sicché «*sarebbe assurdo che quanto può la Regione disporre nei confronti di enti pur forniti di autonomia, come le Province e i Comuni, non possa lo Stato nei confronti di essa*” Corte Costituzionale, sent. n. 35/1972 ed ancora Corte Costituzionale, sent. n. 175/1976 (in materia urbanistica), nella quale si afferma che «*competenza regionale e competenza statale devono pertanto coordinarsi tra loro, di guisa che possa realizzarsi un giusto temperamento delle finalità rispettive*». Parte della dottrina ha rintracciato in questa sentenza il fondamento giurisprudenziale del principio di leale collaborazione. LUCIANI M., *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, fasc. 5, 1313 e ss.

<sup>13</sup> Corte Cost., sent n. 39/1984, ma anche nella sentenza n. 219/1984 la Corte costituzionale enuncia il principio di leale collaborazione in termini tanto dettagliati come mai aveva fatto in precedenza. In questa pronuncia, che rappresenta un punto fermo nell'affermazione del modello cooperativo, si legge, infatti, l'auspicio “*che nell'applicazione della legge i rapporti tra Stato e Regioni ubbidiscano assai più che a una gelosa, puntigliosa e formalistica difesa di posizioni, competenze e prerogative, a quel modello di cooperazione e integrazione nel segno dei grandi interessi unitari della Nazione, che la Corte ritiene compatibile col carattere garantistico delle*

pronunce del 1984, viene affermato che *“la collaborazione ha un fondamento costituzionale e più che un principio è un meccanismo costituzionale della collaborazione tra Stato e Regioni”*<sup>15</sup>. In una pronuncia successiva<sup>16</sup>, la Corte forniva una embrionale definizione e ricercava il fondamento costituzionale<sup>17</sup> di tale principio. Solo in tempi più recenti ha fatto riferimento ad esso come ad un principio costituzionale, capace di vincolare Stato e Regioni sul piano, oltre che dell'amministrazione, anche della legislazione<sup>18</sup>. Successivamente la Corte, con la sent. n. 177 del 1988, definiva il principio in esame come uno di quei *«valori fondamentali cui la Costituzione informa i predetti rapporti [fra Stato e Regioni]»*.<sup>19</sup>

---

*norme costituzionali». Con grande eleganza la Corte condivide la tesi di chi vuole leggere in Costituzione il modello cooperativo nel “rispetto” del modello garantista dei rapporti fra Stato e Regioni”.*

<sup>14</sup> Corte cost., sent. n. 94/1985.

<sup>15</sup> E' vasta la dottrina che si è concentrata sul fondamento costituzionale della leale collaborazione, D'ATENA A., *Osservazioni sulla ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni*, Giur. cost., 1972, 2011 ss.; BARTOLE S., *Spunti in tema di collaborazione fra Stato e Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970; BARBERA A., *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1974; D'ORAZIO, *Gli accordi prelegislativi tra le Regioni (uno strumento di cooperazione interregionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977; CASSESE-SERRANI, *Regionalismo moderno: la cooperazione fra Stato e Regioni e tra Regioni in Italia*, in *Le Regioni*, 1980; VOLPE G., *Autonomia locale e garantismo*, Milano, 1972; GABRIELE F., *Il principio unitario nell'autonomia regionale. Studio critico sui modi e sull'incidenza della funzione statale di indirizzo e coordinamento*, Milano, 1980; BARTOLE S., *Ripensando alla collaborazione fra Stato e Regioni alla luce dei principi di diritto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982; BARTOLE S., *Il coordinamento fra garanzia delle autonomie e principio collaborativo*, in *L'amministrazione della società complessa*, Bologna, 1982; COSTANZO A., *Il controllo sul procedimento di determinazione dei principi generali dell'ordinamento*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV, 1989; CERRI A., *Logica deduttiva ed analisi delle funzioni nella definizione delle competenze regionali*, in *Le Regioni*, 1983; CARETTI P., *Regioni e autonomie locali. I rapporti Stato-Regioni al centro del dibattito sulle autonomie: alcune riflessioni critiche*, in *Quaderni costituzionali*, 1985; ANZON A., *Principio cooperativo e strumenti di raccordo fra competenze statali e competenze regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986; MARTINES T., *Dal regionalismo garantista al regionalismo cooperativo, un percorso accidentato*, in AA. VV., *Una riforma per le autonomie*, Milano, 1986; BARTOLE S., *La Corte Costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1989. In particolare, Bartole precisava, a proposito del fondamento costituzionale di tale principio, che *“era eccessivo attribuire al principio una qualità tout court costituzionale, d'altro canto ad esso non poteva essere negata (...) una immediata incidenza direttiva nell'interpretazione delle norme costituzionali espresse, per di più sorretta dalla constata maggiore adeguatezza dei modelli di collaborazione alle esigenze di una società industriale complessa quale evidentemente era diventata negli anni la società italiana”*. BARTOLE S., *Ripensando alla collaborazione fra Stato e Regioni*, cit., pag. 2431 ss.

<sup>16</sup> La dottrina appare divisa su questo: secondo Bin infatti, tale principio, di fatto, vincola Stato e Regioni, solo sul piano dell'amministrazione e non della legislazione, nel senso che il legislatore statale non ha mai rispettato gli accordi raggiunti mediante le procedure di negoziazione ed, inoltre, gli accordi raggiunti in sede di Conferenza non sono opponibili al Legislatore che può anche non rispettarli. BIN R., *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente, intervento al seminario “il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Roma, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, 6 aprile 2017.

<sup>17</sup> Corte Cost., sent. n. 177/1988.

<sup>18</sup> Corte Cost. sent. n. 39/1984.

<sup>19</sup> Corte Cost. sent. n. 359/1985.

Sempre negli anni 80<sup>20</sup>, la Corte, in alcune pronunce, fornisce ulteriori precisazioni in merito a tale principio, tanto da assegnare ad esso un valore generale, non limitato al rapporto fra lo Stato e le Regioni a Statuto speciale e non riguardante il solo procedimento dell'intesa. Non solo, ma il principio viene compiutamente elaborato anche dal punto di vista lessicale nella sentenza n. 359/1985 dove, per la prima volta, compare il «*principio di leale cooperazione*», altrimenti detto principio di leale collaborazione<sup>21</sup>.

Successivamente la Corte aggancia evidenza che tale principio va ancorato ai «*valori fondamentali*»<sup>22</sup> cui la Costituzione si informa, e, solo con la sentenza n. 550/1990, si ha l'enunciazione espressa del «*principio costituzionale*» della leale collaborazione<sup>23</sup>. Tuttavia, nelle pronunce successive, tale principio non viene qualificato come principio costituzionale, ma solo nominato come principio di leale collaborazione<sup>24</sup>. Solo nel 2001, con l'ordinanza n. 42, esso viene inteso dalla Corte alla stregua di una norma parametro<sup>25</sup>, proclamandone così la natura di norma costituzionale.

Il principio di leale collaborazione si pone quale strumento per garantire la pacifica coesistenza tra Stato ed autonomie speciali, ponendo in essere attività

<sup>20</sup> Corte Cost. sent. n. 151/1986, dove il principio di leale collaborazione era utilizzato per tutelare, in particolare, valori primari, l'evoluzione giurisprudenziale giunge, con la sentenza n. 177/1988, a definire lo stesso principio di leale collaborazione come *valore fondamentale*.

<sup>21</sup> Secondo la dottrina, Gratteri, in tale ipotesi «*Si tratta più che altro del riconoscimento di un'evoluzione giurisprudenziale che muove dalla sentenza n. 187 del 1985, nella quale la natura costituzionale del principio risultava inevitabile anche in assenza di una sua completa formulazione*». GRATTERI, op.cit., 15.

<sup>22</sup> Corte cost., sent. 464/1991; Corte cost., sent. 32/1991; Corte cost., sent. 37/1991; Corte cost., sent. 232/1991; Corte cost., sent. 204/1993; Corte cost., sent. 109/1993; Corte cost., sent. 425/1995 e Corte cost., sent. 333/1995.

<sup>23</sup> Sul punto, successivamente, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 31 del 2006, precisa che: «*La via di concretizzazione del parametro della leale collaborazione che passa attraverso gli accordi in sede di Conferenza Stato-Regioni appare anche la più coerente con la sistematica delle autonomie costituzionali, giacché obbedisce ad una concezione orizzontale-collegiale dei reciproci rapporti più che ad una visione verticale-gerarchica degli stessi*».

<sup>24</sup> In un primo tempo, la Corte identificò il fondamento della leale collaborazione nell'art. 97 Cost. Corte Cost., sent. n. 139/1990 punto 11 Cons. in diritto.

<sup>25</sup> Nella sentenza n. 19 del 1997, punto 3 del cons. in diritto la Corte individuò il fondamento della leale collaborazione nella «*dialettica tra unità ed autonomia*» e ancora dopo, con la sent. n. 242 dello stesso anno, ne definisce il contenuto e il suo fondamento nell'art. 5 della Costituzione disponendo che «*il principio di leale collaborazione deve governare i rapporti fra Stato e Regioni nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrono o si intersechino, imponendo un temperamento dei rispettivi interessi (...). Tale regola, espressione del principio costituzionale fondamentale per cui la Repubblica, nella salvaguardia della sua unità, «riconosce e promuove le autonomie locali», alle cui esigenze «adegua i principi e i metodi della sua legislazione» (art. 5 Cost.) va al di là del mero riparto delle competenze per materia ed opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni, senza che a tal proposito assuma rilievo diretto la distinzione fra competenze esclusive, ripartite o integrative, o fra competenze amministrative proprie e delegate*»

concertate e di coordinamento orizzontale, orientate al principio di lealtà, secondo quanto prescritto dalla lettura combinata degli artt. 97<sup>26</sup>, 5<sup>27</sup> e 120<sup>28</sup> della Costituzione. La *ratio* di tale principio è quella di consentire il superamento delle divergenze (tra Stato e Regione), che ostacolano il raggiungimento di un accordo, in particolare tutte le volte che sussistano “*competenze inestricabilmente connesse*”<sup>29</sup>, come avviene nelle materie dell’ambiente ed energia, di cui si dirà nel prosieguo.

In concreto, si ricorre alla leale collaborazione quando si verifica un conflitto relativo all’esercizio delle potestà dello Stato e della Regione perché tali potestà si intersecano e si deve addivenire ad una soluzione concertata. La dottrina, ha precisato come, in tali ipotesi, vada applicato il criterio della prevalenza<sup>30</sup>, esaminando l’oggetto prevalente della disciplina (c.d. prevalenza materiale) o, in mancanza di una materia prevalente, si rinvienga un elemento unificatore o una finalità prevalente.

Qualora non si rinvienga la competenza regionale o statale prevalente, vi sarà l’attrazione delle funzioni da parte dello Stato, prevedendo comunque adeguati meccanismi cooperativi<sup>31</sup>. Laddove vi siano esigenze unitarie, ma una pluralità di materie regolate e di finalità perseguite che non consentano una reale valutazione di prevalenza, va applicato appunto il principio della leale collaborazione<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Il riferimento, come noto, è nel secondo comma ultimo periodo, in riferimento al potere sostitutivo straordinario del governo, che opera, in via generale, nei rapporti tra gli enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita. Corte Cost., sent. n. 43/2004 punto 4 del Considerato in diritto.

<sup>27</sup> Corte Cost., sent. n. 27/2004, punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>28</sup> Tale criterio, adottato poi dalla dottrina prevalente, lo troviamo specificato per la prima volta nei lavori di BIN R., tra cui: BIN R., “*Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*” - Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004; BIN R., *I criteri di individuazione delle materie*, Relazione al Convegno organizzato dalla rivista Le Regioni in collaborazione con l’Università statale di Milano “*Le prospettive della legislazione regionale*”, Milano, 26-27 gennaio 2006, in *Le Regioni*, 2006, 5, 889-901.

<sup>29</sup> Sul punto, Corte Cost. sent. n. 50, 219 e 231/2005; 88 e 339/2009, 278/2010, 33/2011 e per la dottrina BIN R., *Prevalenza senza criterio*, in *Le Regioni*, 3-4/2009, 618 e ss e PARISI S., *La competenza residuale*, in *Le Regioni*, 2-3/2011, 341.

<sup>30</sup> Corte Cost., sent. n. 231/2005 e sent. n. 331/2010.

<sup>31</sup> Morelli distingue, all’interno di questa categoria, istituti di cooperazione caratterizzati da una netta distinzione dei compiti spettanti a ciascuno dei partecipanti e da forme strutturate di integrazione delle rispettive attività che possono coinvolgere stato e enti sub-statali (cooperazione verticale) o enti sub-statali di pari livello (cooperazione orizzontale). MORELLI A., *Le relazioni istituzionali*, Rivista Aic, 3/2019. In generale si rinvia anche a BARTOLE S., *Spunti in tema di collaborazione tra Stato e Regioni*, in *giur. cost.*, 1970, 2093, BALDASSARRE A., *I raccordi istituzionali tra Stato e Regioni speciali*, in *Le Regioni*, 1984, 663.

<sup>32</sup> Corte Cost., sent. n. 383/2005 e sent. n. 31/2006.

In particolare, la leale collaborazione viene applicata, sia quale strumento per articolare in modo equilibrato le funzioni attribuite ai diversi enti<sup>33</sup>, tra cui le Conferenze tra Stato e Regioni<sup>34</sup>, sia in diverse modalità di partecipazione ed intervento che si esprimono in forme convenzionali, quale è l'intesa, quale *“paritaria codeterminazione del contenuto dell'atto da realizzare e ricercare attraverso reiterate trattative volte a superare le divergenze che ostacolano il raggiungimento di un accordo, senza alcuna possibilità di un declassamento dell'attività di codeterminazione connessa all'intesa di una mera attività consultiva non vincolante”*<sup>35</sup>.

Con la riforma del titolo V della Costituzione, la leale collaborazione trova un vero e proprio riconoscimento in Costituzione<sup>36</sup>, sebbene per la Corte essa meriti uno spazio ben più ampio. Infatti, l'art. 120 Cost., invoca tale principio per dirimere le controversie sorte tra Stato e Regioni e sottoposte al sindacato del giudice delle leggi. In tal modo, l'art. 120 Cost., costituzionalizza il principio di leale collaborazione, asserendo che lo Stato esercita i poteri sostitutivi *«nel rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione»*. Il principio, secondo una parte della dottrina<sup>37</sup>, sembrerebbe operare solo nell'ambito dell'esercizio del potere sostitutivo statale ma, in realtà, la Corte Costituzionale, nelle pronunce successive alla riforma del Titolo V, ha confermato la portata generale di tale principio il quale, come nell'assetto precedente, non può che *«operare su tutto l'arco delle relazioni»* fra Stato e autonomie territoriali<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Corte Cost., sent. n. 27/2004, punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>34</sup> Secondo una parte della dottrina, l'ordinamento costituzionale italiano presenta, dopo la revisione effettuata con la legge cost. n. 3 del 2001, un esempio praticamente unico di *costituzionalizzazione* espressa del principio di leale collaborazione. DI ANDREA C., *Le parole nuove della Costituzione. Dopo l'entrata in vigore delle modifiche al titolo V della parte II*, in Nomos, 2001, 163 ss.

<sup>35</sup> MERLONI F., *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in Diritto pubblico, 2002, 865, Rileva, infatti, che *«il riferimento dell'art. 120 è specifico e non estensibile, anche perché sembra ipotizzare un dovere di leale collaborazione a senso unico (un dovere delle autonomie di collaborare con lo Stato). Esso, invece, deve valere nelle due direzioni, come vincolo sia per i livelli superiori che per quelli inferiori [nonché] per la cooperazione paritaria»*.

<sup>36</sup> Corte Costituzionale, sent. n. 282/2002 e sent. n. 303/2003.

<sup>37</sup> Dalla lettura delle pronunce della Corte cost. nn. 195/2019, 148/2019, 86/2019 e 166/2019 si evince distintamente l'esercizio della leale collaborazione tra stato e regioni nel redigere, elaborare, approvare ed adottare le linee guida.

<sup>38</sup> In merito al carattere delle linee guida, quali norme afferenti i profili tecnici, va ricordato che la declinazione di *“tecnico”* è ascrivibile alla sfera dei saperi scientifici e tecnici in senso stretto. Ciò va letto in due accezioni, comunque collegate fra loro: una per così dire *“oggettiva”*, che concerne aspetti di dettaglio di determinate discipline, l'altra *“soggettiva”*, in quanto riferita a competenze specialistiche o settoriali. Sul tema linee guida e norme tecniche si rinvia a GRASSI S., CECCHETTI M., (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2006; GRECO N., *Le norme tecniche ambientali: una sonda per il nuovo diritto*,

### 3. Le linee guida: profili generali.

Dopo aver ricostruito, in generale, l'evoluzione del principio di leale collaborazione, possiamo concentrare l'attenzione, in particolare, sul ruolo di tale principio nelle ipotesi in cui Stato e Regioni devono cooperare (e quindi collaborare), nella redazione, elaborazione, approvazione ed adozione delle linee guida nazionali<sup>39</sup>. Infatti, premesso che le linee guida vengano utilizzate dal Legislatore al

---

in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2006, fasc. 151-152, 7-38. e SALMONI F., *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>39</sup> La dottrina non ha mai assunto una posizione univoca, anzi si sono avvicinate le più diverse teorie, influenzate da numerosi fattori quali l'oggetto delle linee guida, la materia che riguardano e soprattutto le diverse definizioni che sono state date di esse quali raccomandazioni, indicazioni, documenti, indirizzi, prescrizioni tecniche. La presenza di diverse posizioni nella dottrina è causata dall'eterogeneità delle linee guida, che fanno fatica ad essere costrette in una qualificazione giuridica univoca, aventi invece una vocazione ontologicamente polifunzionale, poiché a questa denominazione è ricondotta una gamma atipica di previsioni contenenti indicazioni che orientano l'attività di chi opera in un determinato settore. Pertanto, gli indicatori per riconoscere una linea guida sono molteplici e non possono costituire un numero chiuso: la sensibilità della materia, l'espressa esclusione per legge della loro natura vincolante o meno, la loro concreta formulazione se come precetto o come mero indirizzo, la capacità integrativa del dettato legislativo. Le varie opinioni le hanno ricondotte in generale a regole normative e, più nello specifico, dapprima alle circolari amministrative poiché dotate della stessa efficacia vincolante nei confronti degli apparati pubblici inseriti nell'organizzazione dell'ente che li emana; poi ai regolamenti con i quali hanno punti di contatto e differenze. Ancora, le linee guida sono state assimilate a fonti terziarie, alle norme interne o a norme tecniche ed ancora ad atti amministrativi generali. Rispetto a questi ultimi, si tratta di atti amministrativi aventi portata generale, solo che, a differenza delle linee guida, non lasciano una discrezionalità ai soggetti a cui si rivolgono. In relazione a tale ultima considerazione, dobbiamo precisare che la maggioranza degli interpreti le hanno considerate espressione di soft law, ovvero strumenti di diritto mite, *droit souple*, diritto leggero. In questo senso, le linee guida costituirebbero una forma di *nudging*, ovvero un vero e proprio «*percorso di perdita del carattere verticale del diritto ma anche rimodellamento del suo criterio di legittimazione che non è più affidato alla forma ma piuttosto a un contenuto o a delle modalità che sappiano riscuotere l'adesione indipendentemente dalle sanzioni*». Dall'osservazione in particolare delle linee guida Anac, alcuni studiosi hanno ricondotte le linee guida nell'alveo delle fonti terziarie del diritto amministrativo intese quali contenitori «*di regole generali e astratte, idonee a disciplinare la materia in oggetto sostituendosi, nell'intento del Legislatore, ad atti regolamentari ed assumendo così una forza innovativa nell'ordinamento*». Sul punto, CAMMEO F., *A proposito di circolari e istruzioni* in Giur.it., 1920, III, 1; GIANNINI M.S., voce *Circolare*, in Enc. Dir., e CATELANI E., *le circolari della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1984; CATELANI E., *Aspetti ed attualità delle circolari, delle circolari normative della pubblica amministrazione* in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1993, 1030; ZANOBINI G., *Le norme interne di diritto pubblico*, in Riv. Dir. pubblico, 1915, 329; SILVESTRI E., *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950; BASSI F., *Le norme interne*, Milano, Giuffrè, 1963. MOSCARINI A., *Fonti dei privati e globalizzazione*, 2015, Roma, Luiss University Press, 63, contra Manetti, la quale afferma che non sono norme tecniche ma neppure prettamente giuridiche «*quanto piuttosto di natura etica o morale*». MANETTI, op.cit., 73 ed anche si rinvia a GOMETZ G., *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Edizioni ETS, Pisa, 2008. DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000. GIUFFRÈ A.G., *Le nuove dimensioni del regolamento, le linee guida ANAC, 2017* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); TORCHIA L., *Intervento al convegno Soft regulation e principi dell'ordinamento*, Luiss Guido Carli, 6 ottobre 2016 (inedito a stampa). La teoria del nudge è stata proposta da Thaler V.R. e Sunstein C.R., *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009, e SUNSTEIN C.R., *Effetto nudge*, Milano, Feltrinelli, 2015 ed infine FERRARESE A.M., *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010, 38.

fine di implementare determinate discipline sotto il profilo tecnico<sup>40</sup>, prediligendo una disciplina più flessibile (rispetto ad altre tipologie di atti normativi), oltre che maggiormente permeabili all'apporto degli organi tecnici e modificabili più

<sup>40</sup> Le Corti, quando è stato necessario e funzionale alla questione oggetto della pronuncia, hanno cercato di definire le linee guida. La giurisprudenza penale le ha definite (Cass. Pen. sent. n. 28187/2018), quali raccomandazioni e direttive di massima per l'esercente la professione sanitaria. La Cassazione penale con sent. n. 9447/2019, ha precisato che, se quest'ultimo si discosta da esse, cioè, più che rilevare in termini di responsabilità, incide sulla determinazione del trattamento sanzionatorio. In merito alla giurisprudenza civile, secondo una recente sentenza (Cass. Civ. sent. n. 10018/2019) le linee-guida sono atto di normazione secondaria e costituiscono «*in un ambito esclusivamente tecnico, il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa*», diretto «*strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia*». La giurisprudenza amministrativa, ha avuto numerose oscillazioni in tema di linee guida. Con una sentenza del 18 settembre 2015 n. 4358, il Consiglio di Stato aveva qualificato le indicazioni dell'Anac quali «*canoni oggettivi di comportamento per gli operatori del settore, la cui violazione integra un'ipotesi di negligenza ai sensi dell'art. 70 comma 1 lett. a) del dpr 207/2010, essendo all'Autorità riconosciuto il ruolo di garante dell'efficienza e del corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore dei contratti pubblici e quindi del sistema di qualificazione, nonché penetranti poteri di vigilanza e controllo sulle singole attestazioni di qualificazione*» ed inoltre aveva anche precisato che «*a prescindere dal loro inquadramento dogmatico, ad esse bisogna attenersi scrupolosamente*». Attraverso alcuni pareri, il Consiglio di Stato, in un primo momento, aveva ricondotto le linee guida, in particolare quelle dell'Anac, ai regolamenti. Il Tar del Lazio (ord. n. 517/2018), pronunciandosi su un ricorso proposto da un'associazione di imprese contro l'aggiornamento, da parte dell'Anac, di determinate linee guida, recentemente ha ritenuto che le linee guida abbiano «*una finalità istruttiva, richiamando e non parafrasando i precetti normativi, al fine di evidenziare i punti che necessitano di una reale scelta interpretativa*». In seguito, il Tar del Lazio (sent. n. 7934/2019) ha confermato che le linee guida non fissano regole di carattere precettivo, ma si atteggiano soltanto quale strumento di regolazione flessibile con una funzione ricognitiva di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui sono rivolte. Con sentenza del 31 ottobre 2019 n. 2093, il Tar Milano ha fornito alcuni spunti di riflessione in tema di qualificazione delle linee guida della Regione Lombardia, in tema di «*criteri igienici e di sicurezza in edilizia rurale*», asserendo che tutte le previsioni contenute nelle Linee Guida, in quanto si tratta di indicazioni fornite dalla Regione in una materia di sua competenza, approvate con atto autoritativo e che si ispirano alla migliore scienza ed esperienza del momento storico, costituiscono «*un atto d'indirizzo che persegue lo scopo di esplicitare le best practices del settore e di fornire indirizzi e istruzioni operative alle amministrazioni tenute ad applicare la normativa statale e regionale in materia di agricoltura*». La Regione, pertanto, definisce le regole contenute in tali Linee Guida come il frutto «*dello stato dell'arte e di quanto disponibile e collaudato presente sul mercato*». Ne consegue che la previsione secondo la quale «*i parametri e le soluzioni indicate non devono essere interpretati come inderogabili, ma come strumenti per garantire il risultato voluto rispetto agli obiettivi esplicitati*» attribuisce alle amministrazioni comunali il potere di derogare loro motivatamente, ma non le rende irrilevanti o bisognose di motivazione nel caso di applicazione positiva. Proprio perché costituiscono espressione della migliore scienza ed esperienza del momento storico, secondo il Tar, il potere comunale di deroga costituisce una mera facoltà, per cui non è possibile affermare l'illegittimità dei provvedimenti conformi alle Linee Guida per il solo fatto che si sono adeguate alle medesime. Infine, il Consiglio di Stato (sent. n. 7805/2019), ha precisato che «*va ribadita la non vincolatività delle linee-guida ANAC n. 2 del 2016 (ex multis, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018 n. 6026), le quali traggono la propria fonte di legittimazione nella generale previsione di cui al comma 2 dell'articolo 213 del d.lgs. n. 50 del 2016, di talché le stesse non risultano idonee a rappresentare parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara*». Ed, ancora, il Consiglio di Stato ha aggiunto che «*esse, lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggiano soltanto quale strumento di "regolazione flessibile", in quanto tale volto all'incremento "dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti" ed ha fornito un'ulteriore precisazione volta a consolidare l'idea che le linee guida abbiano natura poliedrica, ovvero sia che nel caso di specie, poi, esse risultano "ricognitive di principi di carattere generale", ivi compreso quello della lata discrezionalità che caratterizza le scelte dell'amministrazione in punto di individuazione dei criteri di valutazione delle offerte.*

facilmente con l'emersione di nuove risultanze scientifiche, ciò che ci interessa comprendere è il loro ruolo e qualificazione alla luce del riparto dei poteri normativi, così come scandito dal titolo V ed, in particolare, rispetto all'esercizio del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni. A tal fine dobbiamo fornire un quadro generale sulle linee guida al cospetto della Corte Costituzionale, la quale, ad oggi, non ha una posizione definitiva, come, e ciò va fin d'ora chiarito, non è pacifica né unitaria la posizione della dottrina<sup>41</sup> e della giurisprudenza<sup>42</sup>.

Dobbiamo premettere che le linee guida costituiscono le nuove regole normative del nostro tempo,<sup>43</sup> prive della forma della legge, ma capaci di stabilire dei vincoli giuridici. Si riferisce ad esse sempre più come ad una categoria giuridica, sebbene eterogenea, come dimostrato dal diritto sanitario, ambientale, dell'energia, dell'ambiente e delle autorità amministrative indipendenti<sup>44</sup>. La loro eterogeneità si riscontra anche nel fatto che ci si riferisce ad esse chiamandole, alternativamente,<sup>45</sup> raccomandazioni, documenti, indirizzi, orientamenti, anche all'interno del medesimo documento, creando, prima di tutto, dei problemi definitivi/qualificatori di non poco momento.

Le linee guida appaiono come un *contenitore* flessibile capace di attuare in modo più rapido e malleabile la normativa cui si riferiscono<sup>46</sup>. Si tratta di strumenti che non possiedono un carattere impositivo nei confronti dei soggetti cui sono rivolti, privi

<sup>41</sup> ITALIA V., *Le linee guida e le leggi*, Giuffrè, 2016. Non solo, ma le linee guida stanno iniziando proprio a sostituire atti normativi. Si richiama l'esempio delle regole tecniche quale strumento normativo idoneo alla digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, da adottarsi normalmente con decreto ministeriale che oggi sono state sostituite da "Linee guida" adottate dall'AgID, con conseguenti riflessioni in ordine alla collocazione, nel sistema delle fonti. CAPORALE M., *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2/2020, 37.

<sup>42</sup> Per alcuni primi spunti, MORBIDELLI G., *Degli effetti giuridici della soft law*, (Editoriale), in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016,1; MANETTI M., *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee guida Anac*, in *Diritto Costituzionale*, rivista quadrimestrale, 1/2019; GHEZZIF., PINI GIAN G.D., *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. soc.*, 2015, fasc. 6, 1196 e ss.; DI COSIMO G., *Sul ricorso alle linee guida da parte del Garante per la "privacy"*, 2011, in <http://www.osservatoriosullefonti.it/note-e-commenti>.

<sup>43</sup> Italia suggerisce di soffermarsi sul termine *guida* poiché esso indica che vi è una potestà decisionale di condurre, tracciare una strada, guidare e, unito al termine *linea*, indica un obiettivo, stabilendo linee che andranno seguite tra quelle ritenute più opportune. In tal senso Italia ritiene che se è vero che la linea dovrà in qualche modo essere seguita, allora ciò esprime un ordine ovvero "si ordina" di raggiungere un certo obiettivo, procedendo entro determinate linee. ITALIA, op.cit., 6,7.

<sup>44</sup> MANETTI, op.cit., 70.

<sup>45</sup> PERASSI T. (a cura di), *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, Cedam, 1967, 45-46; SANDULLI A.M., *fonti del diritto*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, VII, 1961 524, 533; GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, 45.

<sup>46</sup> FARES, op.cit., 100.

della previsione espressa di una sanzione o di una conseguenza giuridicamente rilevante, ma che, di fatto, si comportano come atti vincolanti per i loro destinatari.

Secondo gli interpreti, non è certo che le linee guida costituiscano una tipologia di fonti, se per fonti si intendono i fatti cui è riconosciuta la capacità di modificare od innovare l'ordinamento<sup>47</sup>; ciò in quanto le linee guida guidano il destinatario a rispettarle nell'esercizio della propria funzione (ruolo, professione ecc.), ma non è detto che, per ciò solo, siano in grado di incidere sull'ordinamento giuridico, innovandolo e producendo effetti sulla sfera soggettiva dei consociati.

Tuttavia, appare oggi preponderante l'idea che si tratterebbe di vere e proprie fonti non primarie, appartenenti alla fascia delle «fonti secondarie e dintorni» o «di fonti e quasi fonti» difficilmente tipizzabili.

Si evince pertanto un disorientamento nei confronti di questa eterogenea ed atipica categoria. Per alcuni si atteggiavano a vere fonti del diritto, compatibili con il sistema costituzionale, addirittura come fonti atto, poiché ad esempio nell'ambito sanitario «imputano ad un soggetto un potere normativo e prefigura un procedimento di formazione e contenuto dell'atto, inteso nell'accezione di documento contenente le prescrizioni che vincolano l'operato dell'esercente la professione sanitaria»<sup>48</sup>. A tale posizione si contrappone quella di coloro che, valorizzandone i soli profili tecnici, riconduce le linee guida «al fenomeno della normazione tecnica di fonte privata», in funzione integrativa delle disposizioni legislative<sup>49</sup> ed è rispetto a questa seconda posizione che spenderemo, nel prosieguo, alcune riflessioni.

Si tratterebbe quindi di fonti fatto, secondarie e secondo alcuni addirittura terziarie<sup>50</sup> che non possono essere prive di una previsione primaria legislativa che le autorizzi, dovendo tale previsione essere contenuta in una legge di delega in cui vengano indicate l'ente, l'organo o l'autorità che possano emanarle.

Generalmente le linee guida si pongono in un rapporto di dipendenza con la normativa primaria laddove sono integrative, sussidiarie o di dettaglio di quest'ultima nel senso che esse si pongono a completamento o precisazione di una norma primaria a cui vengono collegate ed annesse perché necessarie sotto il profilo

<sup>47</sup> MOSCARINI, op.cit., 63.

<sup>48</sup> Come teorizzato da una parte degli interpreti. Si richiama in particolare il pensiero di MAZZAMUTOM., *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in dir. Amm., 2015.

<sup>49</sup> Corte Cost., sent. nn. 232/2009, 247/2009, 63/2008, 51/2008, 94/2007 e 328/2006.

<sup>50</sup> GIANNINI S.M., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in Foro it., III, 1953, 9 ss.; MASSA M., *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, Jovene, 2011.

tecnico, come accade ad es. in tema di energia, ambiente. Ed è proprio su questi aspetti che si incentreranno le successive riflessioni.

#### 4. La posizione della Corte Costituzionale sulle linee guida.

La Corte, con alcune risalenti pronunce<sup>51</sup>, aveva mostrato di preferire il criterio c.d. sostanziale con cui approcciarsi ad atti sostanzialmente normativi per cui non è prescritta la forma regolamentare, qualificandoli come atti di natura «regolamentare», caratterizzati da un'indiretta capacità normativa di integrare la disciplina legislativa<sup>52</sup>.

Questa sembra la funzione prevalentemente posta in essere dalle linee guida ed infatti, con la sentenza n. 275/2011<sup>53</sup>, la Corte aveva ricondotto le linee guida ai regolamenti, seguendo un approccio sostanziale, già adottato per altre fonti secondarie atipiche<sup>54</sup> e in particolare per i decreti governativi di natura non regolamentare<sup>55</sup>.

Già con la sentenza del 2011 richiamata, la Corte si era occupata di linee guida in materia di fonti rinnovabili. Con tale pronuncia era stata riconosciuta natura regolamentare alle linee guida di cui al d.m. 10 settembre 2010, in quanto tale atto conteneva «*norme finalizzate a disciplinare, in via generale ed astratta, il procedimento di autorizzazione all'istallazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili, alle quali [erano] vincolati tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti nell'attività in questione*». In tal modo la Corte chiariva già che, le linee guida, integrando una determinata disciplina, attuano una disciplina di rango primario e, in relazione diretta od indiretta con essa, acquisiscono un'efficacia vincolante funzionale alla portata primaria e superiore degli interessi coinvolti<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> In particolare nel Considerato in diritto, 3.1-4.2.

<sup>52</sup> Corte cost. sentt. n. 274/2010, 4.2; n. 278/2010, § 16; n. 275/2011.

<sup>53</sup> MOSCARINI A., *Sui decreti del Governo «natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, in *Giur. Cost.*, 2008, 5075 ss.; PADULA C., *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Diritto pubblico*, 2010, 365 ss. MARCENO' V., *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, 2011, in *Giur. Cost.*, 999 ss. DURANTE N., *La non idoneità delle aree e dei siti all'installazione di impianti di produzione di energia alternativa*, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 227 ss.

<sup>54</sup> MARI N., *Linee guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti*, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it), 2017.

<sup>55</sup> Corte cost., sent. n. 278/2010.

<sup>56</sup> RAMAJOLI M., *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016.

Sempre mediante il richiamo al criterio sostanziale, la Corte precisava che «non possono essere requisiti di carattere formale, quali il *nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento, a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito»<sup>57</sup>. In tal modo la Corte confermava la scelta di un approccio sostanziale funzionale all'ingresso di un atto di normazione secondaria nel sistema, secondo la prassi propria degli strumenti regolatori atipici tra cui rientrano le linee guida<sup>58</sup>.

Il primo problema che pone l'assimilare le linee guida ad atti di normazione secondaria statale atipica, riguarda le ipotesi in cui vi sia una materia di competenza concorrente tra Stato e Regioni e quindi come sia possibile superare un'eventuale violazione dell'art. 117, sesto comma Cost.

Sul punto, la Corte afferma, in primo luogo, che le linee guida non sono regolamenti, bensì atti esecutivi che integrano la norma primaria che ad esse rinvia affidando loro la specificazione tecnica dei principi, recati dalla stessa norma primaria<sup>59</sup>. In secondo luogo, l'adozione delle linee guida avviene mediante il meccanismo della c.d. *chiamata in sussidiarietà*, secondo cui lo Stato può esercitare funzioni amministrative in materie di competenza regionale per rispondere a «*superiori esigenze di unitarietà*», sempre garantendo il rispetto del principio di leale collaborazione<sup>60</sup>, ovvero assicurando che all'elaborazione delle linee guida cooperino i vari livelli di governo coinvolti<sup>61</sup>.

Secondo tale ragionamento, la Corte ha negato, nella sentenza n. 278/2010, natura regolamentare alla potestà affidata, dalla legge 9 aprile n. 99/2009, al CIPE in materia di energia nucleare (art. 26, comma 1) sulla definizione delle «*tipologie degli impianti*

<sup>57</sup> Corte cost., sent n. 284/2016.

<sup>58</sup> CARETTI P., *Il sistema delle Conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale*, in *Le Regioni*, 2000, 553; MORRONE A., *La Corte costituzionale e la cooperazione tra Stato e Regione nella fattispecie dell'intesa: analisi critica di un modello contraddittorio*, in *Riv. giur. ambiente*, 1995, 662 ss.

<sup>59</sup> COZZOLINO G., *Natura giuridica delle linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e "ispessimento" del parametro del giudizio di costituzionalità* (Note a margine della sentenza n. 11/2014 della Corte costituzionale), 2004, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it).

<sup>60</sup> Sulla definizione di norma tecnica, Gigante, ne delinea due principali accezioni: la prima in cui è il fondamento, più che il contenuto della norma, ad essere tecnico; la seconda, che appartiene agli studi di teoria generale del diritto, secondo cui la tecnicità deriva dalla struttura della norma e quindi è tecnica la norma che presenta carattere strumentale e prevede un comportamento finalizzato alla realizzazione di un obiettivo.

<sup>61</sup> Corte Cost., sent. n. 11/2014, 6.1.

per la produzione di energia elettrica nucleare che possono essere realizzati nel territorio nazionale». Secondo la Corte, la potestà affidata al CIPE non si concretizzava nella produzione di norme generali ed astratte, conformi alla previsione normativa. Essa era invece espressiva di scelte di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione perseguiva la cura degli interessi pubblici ad essa affidati dalla legge, individuando le tipologie di impianti idonee, in concreto e mediante un solo atto e la cui efficacia si esauriva e si consumava entro i limiti della scelta stessa. Nella sentenza richiamata la Corte valorizza il carattere specialistico delle linee guida che presentano un'intrinseca tecnicità<sup>62</sup>, in quanto finalizzate proprio alla risoluzione, gestione e definizione di aspetti tecnici riguardanti un certo settore. Sul punto, la Corte in un'altra pronuncia<sup>63</sup> ha affermato che le linee guida, di per sé sole, non possono assurgere al rango di normativa interposta, ma è diverso se esse «vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia». In tal modo, se si guarda alla funzione delle linee guida, ovvero disciplinare aspetti tecnici e scientifici in determinati settori e guidare l'operatore nel proprio *facere*, sembrerebbe che non vi sia una reale differenziazione con le norme tecniche<sup>64</sup>. Ciò anche perché sono accomunate dall'indispensabilità che entrambe presentano: tanto le linee guida, quanto le norme tecniche servono a fornire indicazioni tecniche e specifiche, per evitare di lasciare interi settori privi di una normativa *ad hoc*, sia pure con un *deficit* di certezza dovuto al fatto che non viene preferita una fonte primaria.

Ad oggi, dall'osservazione delle linee guida si evince che esse sembrano atteggiarsi come il combinato delle due categorie di norme, tecniche e giuridiche,

<sup>62</sup> Se è vero quindi che le linee guida, come le norme tecniche, definiscono i criteri di comportamento in determinate attività tecniche e che ciò segna la loro differenza rispetto alle figure classiche delle fonti del diritto e delle norme giuridiche, allora è proprio nel profilo della stretta tecnicità che si può rintracciare il carattere saliente. Si richiama, in proposito, la distinzione tra norme tecniche e norme giuridiche, secondo cui le prime sono «norme aventi il compito di dettare criteri di comportamento in presenza di un'attività di carattere tecnico», funzione che sembra essere esercitata anche dalle linee guida. È proprio il contenuto tecnico e non politico di un atto che lo rende più idoneo a entrare in ambiti riservati alla legge, ma anche, quando proviene da autorità statali, in materie di competenza degli enti territoriali, come si evince da alcune pronunce della Corte in materia di linee guida (sent. nn. 125/2017 e 284/2016). D'altra parte, nonostante alcune difficoltà teoriche e anche applicative, il contenuto tecnico di un determinato atto, sia pure generale e astratto, è considerato fra gli indici idonei a escluderne la natura normativa in senso stretto. GIGANTE, *op.cit.*, 3806. MOSCARINI A., *Le fonti dei privati*, in *Giur. Cost.*, vol. 2, 2010, 1911. MASSA M., *I regolamenti ministeriali*, 27 novembre 2017, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017.

<sup>63</sup> Del resto, già il pensiero di SANDULLI A.M., *Le norme tecniche dell'edilizia* in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1974, 189 e ss., secondo cui non esisteva una reale differenza tra norme giuridiche e norme tecniche.

<sup>64</sup> SANTINI M., *Le energie rinnovabili tra qualità dell'ambiente e vincoli territoriali: le linee guida della Conferenza Unificata*, 2011, in *Urbanistica e appalti*, 283 ss.

perché da un lato sono spiccatamente tecniche, dall'altro, sempre più vincolanti ed obbligatorie<sup>65</sup>. Anzi, le linee guida sono il mezzo per far incontrare norme tecniche e giuridiche: il legislatore, quando opera un rinvio alla norma tecnica, istituisce una forma di vincolatività che forse può dirsi indiretta, ma non per questo attenuata.

Va segnalata, sul punto una sentenza recente della Corte la n.89/2018 in cui sembra fare un ulteriore passo avanti, (in parte già fatto con sent. n. 303/2003)<sup>66</sup>. Infatti, in una controversia avente ad oggetto i regimi abilitativi degli impianti per la produzione di energia rinnovabile, regolati dalle linee guida, in merito a queste ultime si afferma che *“si tratta di atti di formazione secondaria, che costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria. Essi rappresentano un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche tecniche che mal si conciliano con il contenuto di un atto legislativo e che necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale”* (punto 3 del Considerato in diritto). Ancora, con la sentenza n. 14/2018, la Corte rinviene la vincolatività delle linee guida nel rapporto con la norma primaria, precisando che tale vincolatività per le Regioni si origina dal fatto che esse costituiscono necessaria integrazione delle prescrizioni contenute in un decreto legislativo e, tale necessaria integrazione, sotto un profilo tecnico, con la normativa primaria le eleva a principi fondamentali della materia<sup>67</sup>.

Quindi secondo la Corte, si tratta cioè di atti necessariamente legati ad una fonte primaria che completano per i profili tecnici ed è ciò, come si dirà meglio nel prosieguo, che le rende indispensabili e la fa diventare, in via di fatto, una normativa vincolante.

---

<sup>65</sup> Vedi anche Corte Cost. sent. nn. 307/2013 e 189/2014.

<sup>66</sup> Per una rassegna delle sentenze più importanti sul tema COLAVECCHIO A., *Il “punto” sulla giurisprudenza costituzionale in tema di impianti da fonti rinnovabili* (nota a Corte Costituzionale n. 36 del 2010) in Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente, n. 1/2011.

<sup>67</sup> Occorre, in altri termini, guardare all'ambiente come “sistema”, considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto”. Per un commento, ROCCELLA A., *Autonomie speciali e tutela dell'ambiente* (nota a Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378, con richiamo anche a n. 380/2007), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Nello stesso senso, anche Corte cost., sentt. n. 367/2007 e n. 104/2008.

#### **4.1. le linee guida per l'autorizzazione degli impianti di produzione di elettricità da fonti rinnovabili e il principio di leale collaborazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.**

Il tema della concertazione ed approvazione di linee guida sulla produzione di elettricità da fonti rinnovabili, da parte dello Stato e della Regione in conferenza unificata, involge il più ampio e complesso tema dell'ambiente ed energia<sup>68</sup> e della competenza dello Stato e della Regione su questioni che riguardano l'energia ed in particolare le rinnovabili.

Va premesso che la normativa nazionale, e soprattutto quella internazionale ed europea, mostrano un *favor* per le fonti di energia rinnovabile. A livello nazionale, la normativa europea sulle rinnovabili è stata recepita con Dlgs. n. 387/2003 "*Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*", il cui art. 12 enuncia i principi fondamentali della materia "*produzione, trasporto e distribuzione dell'energia*", unitamente al DM 10 settembre 2010, che ha attuato proprio il comma 1 del suddetto art. 12 ed ha adottato le linee guida sull'autorizzazione degli impianti alimentati da energie rinnovabili ed anche al d.lgs. n. 28 del 2011 avente ad oggetto "*attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE*".

Rispetto ad una prima questione preliminare, ovvero la competenza dello Stato e della Regione sulle questioni afferenti le rinnovabili, la Corte, con la recente sentenza n. 86 del 2019, ha accolto le questioni di legittimità costituzionale promosse dal Presidente del Consiglio dei ministri avverso diverse disposizioni della legge reg. Basilicata n. 21 del 2017, affermando che la disciplina della realizzazione e dell'esercizio degli impianti di energia da fonti rinnovabili rientra, oltre che nella materia «*tutela dell'ambiente*», anche nella competenza legislativa concorrente, in quanto riconducibile a «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*» (art. 117, terzo comma, Cost.) i cui i principi fondamentali, come già richiamato, sono dettati dal d.lgs. n. 387 del 2003 e dalle Linee guida di cui al d.m. 10 settembre 2010,

---

<sup>68</sup> Espressione di tale orientamento le note sentenze nn. 210 e 641, entrambe del 1987: nella prima, la Corte costituzionale si limita ad attribuire all'ambiente la natura di bene comprensivo di tutte le risorse naturali e culturali; nella sentenza n. 641, invece, specifica che l'ambiente è un bene giuridico «*in quanto riconosciuto e tutelato da norme*», facendo implicito riferimento ai precetti costituzionali (artt. 9 e 32) ed alle norme ordinarie contenute nelle leggi di settore che ne disciplinano e assicurano il godimento collettivo ed individuale.

adottate in attuazione dell'art. 12, comma 10, di quest'ultimo decreto. Rispetto alla pronuncia in esame, si sottolinea che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, e dell'art. 2, comma 1, nonché dell'Allegato alla medesima legge regionale n. 21 del 2017, che inserisce un allegato D) alla legge regionale n. 54 del 2015, la Corte ha precisato che *«il legislatore lucano, stabilendo in via generale e unilaterale, senza istruttoria e valutazione in concreto dei luoghi in sede procedimentale, l'individuazione delle aree non idonee all'installazione degli impianti di energia da fonti rinnovabili e anche quella delle aree idonee, previa abrogazione dei criteri individuati congiuntamente con gli organi statali, ha violato non solo l'impegno assunto con il Protocollo di intesa, siglato il 14 settembre 2011 in attuazione dell'art. 145, comma 2, del d.lgs. n. 42 del 2004, ma anche i criteri fissati dal paragrafo 17 delle linee guida di cui al d.m. 10 settembre 2010, che impongono, fra l'altro, un'istruttoria adeguata, volta a prendere in considerazione tutti gli interessi coinvolti, nonché la descrizione delle incompatibilità riscontrate con gli obiettivi di protezione ambientale e puntuali atti di programmazione. Questi criteri – come si è già ricordato – «costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria»(sentenza n. 69 del 2018), che definisce, in specie all'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, ad un tempo, standard omogenei di «tutela dell'ambiente» e principi fondamentali in materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», vincolanti per le Regioni». Ciò in quanto, secondo la Corte, «l'ambiente, continua la Corte è valore costituzionalmente protetto che, in quanto tale, delinea una sorta di materia trasversale<sup>69</sup> nell'ambito della quale vi è spazio per configurare anche delle competenze regionali, purché allo Stato spettino quelle determinazioni necessarie a tutelare «esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale». Secondo La Corte, il riparto di competenze, rispetto al bene ambiente<sup>70</sup>, prevede che lo Stato si preoccupi della tutela e conservazione dell'ambiente, fissando i livelli «adeguati e non riducibili di tutela»<sup>71</sup> e che le Regioni, nel rispetto dei livelli di tutela fissati dalla disciplina statale, dettino norme per la regolazione dell'ambiente entro i limiti indicati dallo Stato. Venendo, più nello specifico, agli impianti di energie rinnovabili, la loro realizzazione interferisce con la tutela dell'ambiente e del paesaggio e pertanto la Corte ha evidenziato che «il bilanciamento tra le esigenze connesse alla produzione di energia e gli interessi ambientali impone una preventiva ponderazione concertata in ossequio*

<sup>69</sup> CARAVITA DI TORITTO B., *Fonti energetiche rinnovabili ed efficienza economica*, in BRUTI LIBERATI E., DONATI F., (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 233 e ss.

<sup>70</sup> Corte Cost. nn. 364/2006, 382/2009, 119/2010, 344/2010, 44/2011, 308/2011.

<sup>71</sup> Si rinvia al 3.2. del Considerato in diritto della sentenza Corte Cost. n. 308/2011.

*al principio di leale cooperazione, che il citato art. 12 della l. 387 del 2003 rimette all'emanazione delle linee guida, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, d'intesa con la Conferenza unificata».* Pertanto non si nega rilevanza alla tutela dell'ambiente e del paesaggio in relazione alle energie rinnovabili, ma è doveroso un bilanciamento con le esigenze connesse alla produzione di energia attraverso un approccio concertato in ossequio, appunto, al principio di leale collaborazione.

Quindi con la sentenza 86/2019, la Corte conferma che, nelle ipotesi di intersezioni tra ambiti in cui sia lo Stato e sia la Regione sono titolari della potestà legislativa, viene individuata quella materia che, in modo prevalente, assorbe l'elemento oggetto di disciplina e, nello specifico, la disciplina sulla realizzazione e l'esercizio degli impianti di energia da fonti rinnovabili rientra nella materia della tutela dell'ambiente e nel contempo nella produzione, trasporto e distribuzione dell'energia i cui principi fondamentali sono contenuti, come già detto, nell'art. 12 del Dlgs. 387/2003 e secondo quanto previsto nelle linee guida adottate con DM 10 settembre 2010 in attuazione del comma 10 del suddetto art. 12. Secondo il DM, le linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili consentono di contemperare le esigenze di sviluppo economico e sociale con la tutela dell'ambiente e delle risorse naturali.

In tal senso, le linee guida per l'autorizzazione degli impianti di produzione di elettricità da fonti rinnovabili, previste dal Dlgs n. 387/2003 che riguarda specificamente il settore dell'energia, vengono ritenute espressione della potestà esclusiva dello Stato in materia di ambiente rispetto a cui sono funzionali. Pertanto, una interferenza da parte della regione, in tali settori, impone una partecipazione dei titolari delle relative competenze e tale partecipazione non può che realizzarsi nella conferenza Unificata.

In precedenza, con numerose pronunce<sup>72</sup>, si era posto il problema sia dei limiti all'edificabilità degli impianti di produzione di energie rinnovabili e sia della sospensione delle procedure autorizzate per la realizzazione di siffatti impianti, da parte delle regioni in modo autonomo, in assenza delle linee guida approvate, con lo Stato, in conferenza unificata. Infatti, se da una parte tale disciplina attiene alla materia della produzione, trasporto e distribuzione dell'energia, materia di competenza concorrente in cui la Regione è vincolata ai principi stabiliti dalla

<sup>72</sup> Corte Cost., sent. n. 99/2012.

legislazione statale, dall'altra si impone un bilanciamento necessario tra esigenze connesse alla produzione di energia e gli interessi di tipo ambientale che si può realizzare solo rispettando il principio di leale collaborazione per cui senza le linee guida concertate con lo Stato e poi da quest'ultimo approvate, la Regione non può procedere in alcuna direzione. In tal modo si giustifica l'attribuzione alla Conferenza unificata della competenza ad approvare le linee guida.<sup>73</sup>

Infatti, sembra che le linee guida sfuggano ad un inquadramento nel sistema delle fonti così come costruito dall'art. 117 Cost. e quindi il loro utilizzo "*attenua i confini di competenza tra Stato e Regioni*", arrivando addirittura a "*limitare i margini reali di espressione della potestà legislative regionale, che vengono ulteriormente compressi dall'intervento di disposizioni contenute in linee guida formate da un organo non legislativo*".

Il primo problema si pone quando le linee guida, frutto della concertazione tra Stato e Regione, vengano violate e ciò conduce ad una lesione indiretta della legge statale di principio per contrasto con l'art. 117 comma 3 Cost., che individua il riparto della potestà legislativa di Stato e Regione nelle materie concorrenti. In tali ipotesi, alle linee guida viene riconosciuta la natura di parametro interposto in quanto "*attuative di principi fondamentali espressi dalla legislazione statale*", tenuto anche conto che le linee guida sono state approvate in sede di Conferenza e quindi nel rispetto del principio di leale collaborazione.

Se le disposizioni contenute nelle linee guida sviluppano i principi fondamentali della materia, come nel caso dell'energia, alla determinazione regionale restano pochi margini e quindi in tal modo, di fatto, lo Stato, si riappropria di spazio e quindi delle materie che il Titolo V ha affidato *anche* alle Regioni.

Tuttavia, in tema di rinnovabili, va considerato anche che, pur essendo pacifico che la materia sia di competenza dello Stato, tuttavia l'oggetto riguarda anche la Regione che va coinvolta dallo Stato. Contrariamente, vi sarebbe il concreto rischio di una dichiarazione di illegittimità costituzionale per violazione dello stesso principio di leale collaborazione. Quindi rispetto all'energia, il confine preciso tra legislazione statale e regionale, ex art. 117 comma 3, è difficile da individuare. Tale confine può essere definito mediante le linee guida che individuano le competenze delle Regioni, tra le quali, ad esempio, non è inclusa la possibilità, in alcuni siti, di realizzare impianti basati su fonti rinnovabili.

---

<sup>73</sup> Corte Cost., sent. n. 69/2018.

In concreto, la problematica individuazione del confine tra legislazione statale e regionale, ha delle conseguenze nelle ipotesi in cui si realizza un ritardo nell'adozione delle linee guida da parte dello Stato che non le approva. La conseguenza di ciò è che la Regione subisce un blocco nell'esercizio della propria potestà. Tale ritardo conferma che non c'è stata una preventiva concertazione sulle strategie energetiche condivisa tra lo Stato e le Regioni, tanto che lo Stato ha ritardato nell'adozione ed approvazione delle linee guida e quindi il ruolo di coordinamento dello Stato non è stato, nei fatti, controbilanciato da una reale collaborazione con le regioni.

#### **4.2. L'elaborazione, approvazione e adozione delle linee guida nell'ambito di una Conferenza: profili problematici.**

Alcune sentenze della Corte Costituzionale hanno affrontato, recentemente, il tema delle linee guida come atti che vengono elaborati, approvati ed adottati nell'ambito di una Conferenza. Sul punto, la sentenza n. 195 del 2019 riguarda i giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 21 comma 1 lett a), 21bis commi 1 e 2 e 28 comma 1 del dl 113 del 2018, convertito in l. 132/2018 (*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale ed immigrazione, sicurezza pubblica nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'Interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*), promossi da quattro Regioni per il contrasto con l'art. 117 comma 3 Cost., perché aventi ad oggetto la materia della salute per la quale le Regioni hanno la competenza concorrente con lo Stato. Quindi la questione di legittimità costituzionale riguarda la violazione, assieme al 117 comma 3 ed al 32 Cost., anche del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni, rispetto alla violazione dell'art. 118 comma 3 Cost, poiché veniva previsto il solo coinvolgimento della Conferenza Stato-città e non della Conferenza Unificata, non prevedendo la partecipazione delle Regioni e degli Enti locali interessati ad accordi locali adottati *"nel rispetto delle linee guida nazionali, approvate, sul proposta del Ministero dell'Interno, d'intesa con le organizzazioni maggiormente rappresentative degli esercenti e sentita la Conferenza Stato-città ed Autonomie locali"*.

Viene dunque contestato il mancato coinvolgimento delle Regioni nell'elaborazione di tali linee guida. Sebbene la difesa dello Stato asserisca che non sussistono motivi giuridici che impongono di attivare strumenti di cooperazione con la Regione e che quindi non sussiste l'esigenza di attivare la Conferenza Unificata, tuttavia per la Corte la questione è fondata. Gli accordi del comma 2 dell'art. 21 bis sono adottati localmente nel rispetto delle linee guida nazionali approvate, su proposta del Ministero dell'Interno, d'intesa con le organizzazioni maggiormente rappresentative, sentita la Conferenza Stato, città ed autonomie locali. Secondo la Corte, l'oggetto delle linee guida è ascrivibile alla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza di competenza esclusiva dello Stato, vi è comunque una ricaduta sulla disciplina del commercio che è una competenza residuale della Regione, disciplina a cui è connessa anche la regolamentazione dell'attività svolta dagli esercenti pubblici e quindi ciò richiede il necessario coinvolgimento della Regione, tanto più che l'art. 118 comma 3 prescrive che la legge statale deve disciplinare forme di coordinamento tra Stato e Regioni proprio nella materia ordine pubblico e sicurezza ex art. 117 comma 2 lett. h). Quindi, per la Corte, il mancato coinvolgimento della Regione implica l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 bis cui si può ovviare solo applicando correttamente il principio di leale collaborazione.

Mentre la pronuncia richiamata ha ad oggetto la redazione delle linee guida, diversamente nella sentenza n. 148 del 2019, la Corte si occupa dell'approvazione di linee guida che indicano principi e criteri che le Regioni devono rispettare. La questione viene resa nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 3, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, 29 aprile 2015, n. 11 (*Disciplina organica in materia di difesa del suolo e di utilizzazione delle acque*), promosso dal Tribunale Superiore delle acque pubbliche nel procedimento vertente tra il Comune di Castions di Strada e la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e altri, con ordinanza del 15 febbraio 2017, iscritta al n. 103 del registro ordinanze 2018. In concreto, con ordinanza del 15 febbraio 2017, il Tribunale superiore delle acque pubbliche, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 41, 97 e 117, secondo e terzo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 3, della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 29 aprile 2015, n. 11 (*Disciplina organica in materia di difesa del suolo e di utilizzazione delle acque*), nella parte in cui non prevede che siano esclusi dal divieto di costruzione all'interno della

struttura degli argini dei corsi d'acqua, i manufatti e i lavori funzionali all'esercizio di concessioni di derivazione d'acqua per uso idroelettrico.

La Corte, parte dall'assunto per cui il legislatore statale, proprio «*attraverso la disciplina delle procedure per l'autorizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, ha introdotto principi che, per costante giurisprudenza di questa Corte, non tollerano eccezioni sull'intero territorio nazionale, in quanto espressione della competenza legislativa concorrente in materia di energia, di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione*»<sup>74</sup>. Quindi, secondo la Corte, il margine di intervento riconosciuto al legislatore regionale non permette che le Regioni prescrivano limiti generali, perché ciò contrasterebbe con il principio fondamentale di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile, stabilito dal Legislatore statale in conformità alla normativa dell'Unione europea. Pertanto, come emerso in altra pronuncia<sup>75</sup>, va ritenuta illegittima la fissazione, da parte del Legislatore regionale, di distanze minime per gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili. Né appartiene alla competenza legislativa della stessa Regione la modifica del principio generale contenuto nell'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003, con l'introduzione di divieti generalizzati<sup>76</sup>. Parimenti, in precedenza, nella sentenza n. 308 del 2011, era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di disposizioni regionali che prevedevano un divieto arbitrario, generalizzato e indiscriminato di localizzazione di tali impianti. Ciò in quanto il comma 10, in particolare, dispone che le linee guida siano approvate in Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministro per i beni e le attività culturali. Esse perseguono l'obiettivo, espressamente indicato, di assicurare un corretto inserimento degli impianti nel territorio. In questo contesto le Regioni possono individuare aree e siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti e porre limitazioni e divieti in atti programmatici o pianificatori per l'installazione di specifiche tipologie di impianti alimentati da fonti rinnovabili, ma con le prescritte modalità procedurali. Le linee guida indicano appunto i criteri e i principi che le Regioni sono tenute a rispettare al fine di individuare le aree nelle quali non è possibile realizzare impianti alimentati da fonti di energia alternativa. Pertanto, come già affermato da questa Corte<sup>77</sup>, le

<sup>74</sup> Corte Cost., sent. n. 224/2012.

<sup>75</sup> Nello stesso senso, le sentenze n. 69/2018, n. 199/2014 e n. 308/2011.

<sup>76</sup> Corte Cost., sent. n. 13/2014.

<sup>77</sup> Corte Cost., sent. nn. 286/2019 e 86/2019.

Regioni possono individuare, caso per caso, aree e siti non idonei, avendo specifico riguardo alle diverse fonti e alle diverse taglie di impianto, in via di eccezione e solo qualora ciò sia necessario per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti. Quindi, in continuità con il costante orientamento giurisprudenziale, va ribadito che l'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, con le relative linee guida, appartiene ai principi fondamentali della materia, di competenza legislativa concorrente, «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*» e quindi il margine di intervento riconosciuto al Legislatore regionale per individuare «le aree e i siti non idonei» alla installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile non permette che le Regioni prescrivano limiti generali, valevoli sull'intero territorio regionale<sup>78</sup>.

## **5. Il ruolo delle linee guida quale espressione di leale collaborazione: una recente sentenza della Corte Costituzionale.**

Con la recente sentenza n. 106/2020, la Corte Costituzionale affronta nuovamente il tema delle linee guida adottate in sede di Conferenza unificata tra Stato e Regione e, per questo, espressione di leale collaborazione.

Tale pronuncia viene 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 cancelleria il 21 maggio 2019, iscritto al n. 60 del registro ricorsi 2019. Viene, così, 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 «*produzione, distribuzione e trasporto dell'energia*» e

---

<sup>78</sup> DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturelle*, Paris, 1723, I, 1, 23 ss.

non permetterebbero un'adeguata tutela dei molteplici e rilevanti interessi coinvolti. Ciò, in quanto, la Corte, anche in questa pronuncia<sup>79</sup>, parte dell'assunto secondo cui 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 cui principi trovano fonte nell'art.12, in particolare al comma 10, del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 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. Rispetto alle pronunce precedenti, qui la Corte evidenzia che tali Linee guida, adottate in sede di Conferenza unificata e quindi espressione della leale collaborazione fra Stato e Regione, sono vincolanti e che, per la Regione Basilicata esse «*costituiscono, in il completamento della normativa primaria*», poiché indicano puntuali modalità attuative della legge statale e per questo 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*». La Corte, in tale pronuncia, rispetto a quelle già esaminate, enuncia un nuovo principio secondo cui le linee guida adottate in sede di Conferenza Unificata, in

<sup>79</sup> De Minico ritiene che quelle di soft law siano «*norme di comportamento vincolanti per tutti*», quindi non le ritiene delle vere e proprie fonti, ma, in quanto norme di comportamento le ritiene vincolanti. DE MINICO G., *La soft law: Nostalgie ed anticipazioni*, in *Le nuove istituzioni europee, Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008.

quanto tali, sono espressione della leale collaborazione e per questo vanno reputate vincolanti nei settori tecnici in cui costituiscono completamento della normativa primaria e indicano le modalità attuative della legge statale. Per questo hanno natura inderogabile e vanno applicate in modo uniforme su tutto il territorio nazionale come già affermato con le precedenti sentenze nn. 286/2019, 86/2019 e 69/2018.

La Corte quindi torna a pronunciarsi, seppur incidentalmente, sul tema delle linee guida approvate ed adottate in sede di Conferenza e, per questo, qualifica vincolanti. Dobbiamo chiarire, in questa ipotesi, che tipo di vincolatività caratterizzi le linee guida.

Una prima premessa sulla vincolatività degli atti normativi in generale e delle linee guida in particolare, è necessaria. Il concetto di vincolatività trova il proprio contesto originario nel diritto civile, ove si attribuiva all'accordo tra le parti la capacità di creare un vincolo irretrattabile tra due persone "*che si fanno legge delle parole scambiate*"<sup>80</sup>.

Sulla vincolatività delle linee guida<sup>81</sup> l'approccio al problema deve tener conto di due necessarie premesse.

La prima è che, sebbene secondo alcuni, le linee guida sarebbero prive di vincolatività e prescrittività, tuttavia, reputarle prive, significherebbe collocarle ai margini del campo delle fonti<sup>82</sup>, perché se ne valorizzerebbe solo la natura di regola elastica, la cui ottemperanza ha carattere volontario e insiste sulla persuasione e non sulla cogenza.

La seconda invece pone un'altra questione per cui, ritenere le linee guida non vincolanti le porrebbe quale strumento alternativo alle fonti, addirittura fuorviante rispetto ai principi del costituzionalismo<sup>83</sup>. In altre parole, ammettere che nell'ordinamento possano trovare cittadinanza strumenti potenzialmente idonei a contrastare il Costituzionalismo, porterebbe a mettere in discussione il loro rapporto con la Costituzione, come norma sulla produzione. Se la Costituzione in senso prescrittivo, costituisce una garanzia che il diritto venga prodotto da organi che possiedano legittimazione democratica (a cui è attribuita la competenza ad

<sup>80</sup> PASTORE B., *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. E dir.*, 2003, 123.

<sup>81</sup> DOGLIANI M., *Validità e normatività delle Costituzioni*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2004, il quale afferma che le Costituzioni possano essere esclusivamente prescrittive e mai descrittive.

<sup>82</sup> Per tutti DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, libro III, parte IV, cap. VII, 740.

<sup>83</sup> Si ritiene infatti che gli atti di soft law possano esprimere una vincolatività coerente e multidirezionale quindi flessibile. CAVINATO F., *Soft law e topografia giuridica*, 16 febbraio 2018 in *filodiritto.it*.

intervenire in un certo ambito), non è ammissibile, nello stesso ordinamento, un diritto che si impone *solo* in virtù della sua forza persuasiva. Quindi, alla base di tali atti, manca una vera coazione giuridica, ed anzi è richiesto un adempimento formalmente volontario da parte dei destinatari, ma il potere dei soggetti da cui l'atto proviene può coartare la scelta (se ottemperare o meno agli orientamenti espressi nell'atto *soft*), senza che vi siano procedure che garantiscano la certa riconduzione ad un orizzonte democratico<sup>84</sup>.

Tuttavia tali regole operano, seppur elastiche, laddove, sia l'autorità giudiziaria, sia gli operatori del diritto e i soggetti, pubblici e privati da cui tali atti provengono (che però sono dotati di legittimazione democratica) le trattano e poi trasformano in norme vere e proprie. Ciò per dire che tali atti non sono privi di vincolatività in assoluto<sup>85</sup>, anche se non sono immediatamente vincolanti<sup>86</sup>, essendo dotati di una prescrittività attenuata. Infatti, la spontanea osservanza di tale norme dai consociati conferisce loro una valenza giuridica che si spiega, *“più che un consiglio, ma meno di una prescrizione”* (per alcuni *precettiva sui generis*).

La particolare vincolatività delle linee guida non dipende quindi da alcun comando, ma dal coordinamento e dalla continuità del processo di formazione fondato sul consenso e sui principi richiamati di buona fede ed affidamento tra i consociati. Quindi, per tali atti vale la regola secondo cui *“la volontà non riesce a farsi legge, ma si ferma in una regione di normatività dimidiata”*<sup>87</sup>.

Tuttavia, per la Corte è pacifico che le linee guida costituiscano degli atti vincolanti nel settore dell'ambiente e dell'energia. Ciò in quanto le linee guida, integrando una determinata disciplina, in tal modo attuano concretamente un quadro disciplinare

<sup>84</sup> MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008 op.cit., 3 il quale però si pone in modo critico verso l'idea che possano esistere norme non immediatamente vincolanti: la vincolatività della norma e quindi il fatto che produca effetti non immediatamente vincolati implicherebbe che si tratti di un'ipotesi non necessaria, ma scrive Mostacci, opportuna e consigliata. Ciò minerebbe la giuridicità della norma soft *“relegandola nel piano del potrebbe essere”*. Pertanto egli ritiene che sia più sensato ritenere che gli strumenti di soft law siano dotati di un'efficacia dimidiata, ovvero siano strutturalmente produttivi solo di alcuni tipi di effetti, altri restando a loro preclusi. Ferrarese le definisce ancora diversamente come *“norme incomplete”*, FERRARESE M.R., *Diritto sconfinato*, op.cit., 99.

<sup>85</sup> Pastore in merito alla normatività dimidiata riferisce di *“una necessaria vaghezza e indeterminatezza del soft law come funzione sia delle condizioni di applicazione che del modello di condotta prescritto”* PASTORE B., op.cit., 12.

<sup>86</sup> Corte Cost. sent. nn. 307/2013 e 189/2014.

<sup>87</sup> Il presente saggio approfondisce e integra l'intervento orale svolto nell'ambito del Convegno di studi dal titolo: *“I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi”*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Ferrara l'8 novembre 2019. Gli atti verranno pubblicati nel volume omonimo a cura di A. Maltoni, ESI, Napoli, 2020.

primario e, in relazione diretta od indiretta con esso acquisiscono un'efficacia vincolante funzionale alla portata primaria e superiore degli interessi coinvolti. Già con la sentenza n. 14/2018, la Corte rinviene la vincolatività delle linee guida nel rapporto con la norma primaria ove afferma espressamente che la loro vincolatività per le Regioni deriva dal fatto che esse costituiscono necessaria integrazione delle prescrizioni contenute in un decreto legislativo e, precisazione ulteriore, la loro necessaria integrazione, sotto un profilo tecnico, con la normativa primaria le eleva a principi fondamentali della materia<sup>88</sup>. la Corte ha concluso il proprio ragionamento affermando che le linee guida nella loro funzione integrativa di una previsione normativa sono per ciò solo vincolanti. Pertanto, sembrerebbe che, ad avviso della Corte, le linee guida non presentino una vincolatività *ex se*, ma solo se poste in funzione integrativa di una normativa di rango primario. E tale vincolatività viene collegata con la tecnicità insita nelle linee guida, che costituisce la ragione fondamentale per ritenerle idonee ad integrare la normativa primaria. Per comprendere in concreto da dove derivi la qualificazione di vincolanti per le linee guida, dobbiamo richiamare altre sentenze della Corte. Infatti, dalla lettura del punto 3.1.1. del Considerato in diritto della sentenza n. 286/2019, la Corte rinviene la vincolatività da due aspetti: intanto perché si tratta di atti di normazione secondaria che agiscono in settori tecnici completando la normazione primaria con cui le linee guida fanno corpo. Inoltre, con il punto 2.8.2. del considerato in diritto della sentenza n. 69/2018, le linee guida vanno intese come atto normativo idoneo a fissare i principi fondamentali a tutela degli interessi coinvolti.

Ciò si concretizza, come già anticipato nel paragrafo che precede, nella capacità delle linee guida di realizzarsi nella ponderazione concertata, quale bilanciamento tra esigenze connesse alla produzione di energia ed interessi ambientali cui le Regioni devono attenersi secondo quanto indicato nel punto 2.2.1. del considerato in diritto della sentenza n. 307/2013 secondo cui la vincolatività delle linee guida deriva dal fatto che esse costituiscono la necessaria integrazione delle previsioni contenute nell'art. 12 del D.lgs. n. 387/2003 adottate in ragione degli ambiti materiali che

---

<sup>88</sup> Non è questa la sede per citare la vasta letteratura che da tempo si occupa di come di come gli algoritmi sono parte integrante delle infrastrutture moderne proprio come lo sono da prima di loro, i ponti gli edifici e le fabbriche; tuttavia una disamina approfondita e una casistica significativa la si può leggere in M. TEGMARK, *Vita 3.0. Esseri umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2018 e in K. KELLY, *L'inevitabile*, Milano, Il Saggiatore, 2017. Suggestive, infine, sono le riflessioni contenute nel libro di J. KAPLAN, *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, Roma, LUISS University press, 2016.

vengono in rilievo in sede di conferenza unificata e quindi nel rispetto di leale collaborazione. In tal modo, dotandole del carattere di principi fondamentali, le Regioni debbono ad esse attenersi derivandosi da ciò una loro reale vincolatività.

# IL PROCEDIMENTO ALGORITMICO NELLE GARE PER L’AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI: PROBLEMI E PROPOSTE\*

**Alessandro Venturi**

**ABSTRACT [ITA]:** Il contributo prende le mosse da un ambito particolare, le gare per l’affidamento dei contratti pubblici, per sviluppare alcune argomentazioni riguardo all’impiego dell’algoritmo (rectius, algoritmi) nella decisione amministrativa.

**ABSTRACT [ENG]:** *This research concerns algorithm decision making, regarding specifically public tenders.*

**SOMMARIO:** **1.** Prima premessa. Il mondo nuovo dall’Encyclopédie alla spinta computazionale; – **2.** Seconda premessa. L’innovazione tecnologica tra singolarità e Ulisse dantesco; – **3.** Le nuove tecnologie al centro dell’agenda politica dei governi su scala internazionale; – **3.1.** Sovranità digitale e computazionale sono la nuova frontiera della competizione mondiale tra Stati e mercato; – **4.** L’era dell’algoritmo: “cultura algoritmica” e “regime della computazione”; – **5.** Sistemi algoritmici applicati alla decisione amministrativa: il caso della Regione Lombardia; – **6.** Complessità e autonomia della conoscenza per un nuovo bilanciamento tra potere pubblico e interessi privati. – **7.** Gli algoritmi nei procedimenti di selezione ed esecuzione dei contratti pubblici; – **8.** Decisione amministrativa ottimale e garanzie irrinunciabili, anche in sede giurisdizionale.

---

\* La parola senso non è da intendersi nel suo significato ultimativo dell’esistenza del singolo, ovvero in quelle domande trascendenti che ogni uomo si pone rispetto alla vita come poste per esempio dal poeta G. Leopardi nel Canto notturno di un pastore errante dell’Asia: “*Che fa l’aria infinita, e quel profondo / infinito seren? / che vuol dire questa/ solitudine immensa? ed io che sono?*”. Significa piuttosto *ethos* popolare nella accezione hegeliana moderna quale insieme di valori e norme, codici di comportamento i quali, interiorizzati dall’individuo in funzione della sua integrazione sociale, costituiscono e determinano la disposizione, il carattere, il temperamento culturale di una data popolazione.

Il problema discusso in questo lavoro riguarda, come si può evincere anche dal sommario, alcuni aspetti di teoria generale aventi una ricaduta immediata e diretta sul procedimento amministrativo con lo scopo di stimolare una riflessione più ampia ed organica sull'azione amministrativa investita dalla trasformazione digitale e dalla spinta computazionale.

Il lettore deve tuttavia essere da subito informato del fatto che non si tratta di una ricostruzione di diritto positivo volta a legittimare o viceversa contestare l'impiego del procedimento algoritmo nell'assunzione di decisioni amministrative attraverso una interpretazione "giustificativa" del dato normativo nazionale o sovranazionale.

Ciò che è da tempo comunemente accettato nella vita privata<sup>1</sup>, sebbene non senza voci critiche e pur nella piena inconsapevolezza, sta assumendo nello spazio pubblico una rilevanza trasformativa inarrestabile del rapporto tra "sapere" e "potere", tra "libertà" e "autorità", tra "interesse pubblico" e "interesse privato", destinata ad incidere significativamente, a livello individuale, sulle situazioni giuridiche soggettive e, a livello collettivo, sulla concezione stessa dello Stato e del suo potere. Quindi lo sforzo sarà impiegato – e il lettore ne sarà critico censore - per rifuggire da un testo che presenti il problema in termini taumaturgici o viceversa apocalittici, con lo scopo principale di elevare *quaestiones*, nella consapevolezza che, lo si voglia o meno, gli algoritmi hanno segretamente acquisito il potere di cambiare lentamente e con discrezione le regole che dettano il senso<sup>2</sup> della nostra umanità<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Così H. FRY, *Hello World. Esseri umani nell'era delle macchine*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019, p. 12.

<sup>2</sup> E invero proprio con riguardo all'ambito proprio del diritto, ci si muove in un ambito indefinito, nel quale l'ancoraggio a principi generali supplisce all'assenza di una disciplina efficace, rispetto ad un fenomeno del quale non si conoscono appieno le reali implicazioni. Ciò non deve stupire. Del resto, se oggetto della norma è una fattispecie, la conoscenza della fattispecie rappresenta l'antecedente logico sul quale plasmare una disciplina ritenuta accettabile o desiderabile per la comunità destinataria di quelle norme.

<sup>3</sup> Questa suggestione simbolica è di P. Bassetti, espressa più volte in occasione di discussioni sull'impatto dell'innovazione sulla società contemporanea durante un ciclo di incontri cui ho avuto il piacere e l'onore di partecipare presso la Fondazione Giannino Bassetti a Milano nel corso degli anni 2017-2020.

## 1. Prima premessa. Il mondo nuovo dall'Encyclopédie alla spinta computazionale.

Due premesse sono pertanto necessarie per inquadrare il problema e maturare una consapevolezza nuova.

La prima. L'accelerazione determinata dalla spinta dell'innovazione nell'ultimo ventennio ha carsicamente sovvertito l'ordine antico e ci lascia sprovvisti di conoscenza<sup>4</sup>. Ovviamente non si tratta di un fatto nuovo nel ciclo della storia, tuttavia nel XVIII secolo la caduta dell'*Ancien Régime* aveva consegnato alle nuove generazioni un trattato di conoscenza "perfetta" simbolicamente espresso nell'Encyclopédie del filosofo-editore Denis Diderot<sup>5</sup>. Un compendio che rappresentava la costruzione di una macchina culturale per la perfezione della conoscenza.

In altri termini, la caduta dell'antico regime ha lasciato l'Enciclopedia, la base di conoscenza su cui si è ricostruito un sistema di valori, norme e codici di comportamento declinato nelle diverse discipline. E ciò ha influenzato e diretto il sistema della conoscenza dei secoli seguenti.

Il mondo nuovo, spinto da una capacità computazionale senza precedenti e da innovazioni tecnologiche trasformative poggia su un apparato conoscitivo che non si è evoluto. Ma v'è di più, se si osserva il problema dal punto di vista della vita associata, dal momento che gli stessi sistemi giuridici che hanno fatto sintesi di quei valori e hanno codificato lo stato di diritto oggi sono in affanno. Il mondo nuovo d'un colpo ha eliminato due categorie essenziali, tempo e spazio. Il tempo è stato sostanzialmente annullato dalla capacità di calcolo, la rete ha reso l'uomo ubiquitario superando il concetto stesso di spazio e confine.

In questa prospettiva, sebbene sommariamente enunciata e semplificata ai minimi termini, sono le fondamenta del sistema che devono essere ridiscusse. L'alternativa è forzare i principi per rincorrere ciò che si sta trasformando sulla spinta dell'innovazione.

I tempi del diritto non sono coerenti con i tempi dell'innovazione, osserviamo per esempio quanto faticano le amministrazioni pubbliche a comprare innovazione. Si potrebbe facilmente obiettare che probabilmente non lo sono mai stati e che proprio

---

<sup>4</sup> I babilonesi usarono alcuni dei primi algoritmi per estrarre radici quadrate e fattorizzare i numeri; Euclide ideò un algoritmo per prendere due numeri e trovare il più grande fra i loro divisori comuni, sul punto si v. D.E. Knuth, *Ancient Babylonian Algorithms*, in *Communications of the ACM*, vol. 15, n. 7, pp.671-677.

<sup>5</sup> La notizia è apparsa sul numero del mese di ottobre 2019 della rivista Nature.

la giurisprudenza aveva il compito di interpretare il dato normativo adeguandolo alle trasformazioni accorse. Tuttavia, ci si scontra con un fenomeno che non ha precedenti storici, l'effetto distruttivo delle nuove tecnologie di tutti i paradigmi costitutivi, lascia anche il giudice solo e privo di *instrumenta* ad esercitarsi in spericolate ricostruzioni giurisprudenziali.

Il diritto è sconfitto, nessuno ha colpe, perché ciò che è in discussione è l'assetto stesso del potere costituito. È forse il tempo di stimolare nuovi sentieri per dare vita a delle vere e proprie scienze umane sperimentali per avviare una riflessione ampia e multidisciplinare, una contaminazione di saperi senza la quale non è possibile ripensare le fondamenta. È un compito arduo, che non può prescindere dalla formazione, così come nel medioevo attorno alle *Universitas* si tesseva la trama del divenire.

## **2. Seconda premessa. L'innovazione tecnologica tra singolarità e Ulisse dantesco.**

La seconda. L'impiego di algoritmi per risolvere problemi e prendere decisioni è il mestiere più antico del mondo<sup>6</sup>. Un mestiere che finora si è sempre scontrato con il serpente della complessità. La complessità spaziale, cioè il numero di bit di informazione occupati dall'algoritmo nella memoria del computer - capacità di calcolo-, in altri termini se l'algoritmo ha bisogno di una quantità di memoria superiore a quella che il computer può fornire non serve a niente e va sostituito. Poi c'è la complessità temporale, cioè il tempo necessario per eseguire l'algoritmo, ovvero quante volte dovrà utilizzare i transistor del computer prima di produrre il risultato desiderato. Se il tempo è superiore all'attesa desiderata di nuovo ci scontriamo con la sua inutilità. C'è infine la complessità umana, su cui torneremo infra nel paragrafo 4.

Che cosa è cambiato? La capacità di calcolo, destinata ad espandersi sulla frontiera dei nuovi computer quantici<sup>7</sup>, associata alla crescita esponenziale di montagne di dati disponibili sono la spada con cui uccidere il serpente della complessità. E la spada è forgiata dal *machine learning*, un programma di apprendimento lungo poche centinaia

<sup>6</sup> Diffusamente sul tema si rinvia a P. DOMINGOS, *L'Algoritmo Definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2016, op. loc. cit. pp. 28-32.

<sup>7</sup> E. FINN, *op. cit.*, p. 34.

di righe che può generare senza problemi milioni di righe di codice, e può farlo a ripetizione, ogni volta per un problema diverso. È questo un punto cui prestare particolare attenzione, perché qui assistiamo alla vera inversione del paradigma classico dell'algoritmo e quindi della programmazione.

Un'immagine può semplificare la comprensione di ciò che troppo spesso viene confuso o associato ad altre tecnologie, ovvero etichettato con il termine "automazione". La Rivoluzione industriale ha automatizzato il lavoro manuale, quella dell'informazione ha fatto lo stesso con il lavoro intellettuale, il *machine learning* automatizza l'automazione stessa. Tanto che se non ci fosse, i programmatori diventerebbero i colli di bottiglia che frenano la trasformazione<sup>8</sup>.

La svolta computazionale dunque ha permesso agli algoritmi di ricostruire e cancellare la realtà legale e uniformare l'*Ethos* stesso dei popoli.

La seconda premessa esige però un'ulteriore riflessione che si innesta nell'innato desiderio di conoscenza dell'uomo.

In questo senso l'Ulisse dantesco ci spiega l'altra faccia dell'algoritmo, quella più intima e meno deterministica. Dante nel Convivio ci parla del desiderio di conoscenza, del tendere dell'anima alla perfezione, rappresentata dal raggiungimento della conoscenza assoluta. Per il Poeta l'anima dell'uomo tuttavia non potrà mai raggiungere la perfezione, perché la conoscenza assoluta è propria del divino. Ogni sforzo umano è compiuto per avvicinarsi alla sapienza, e da questa condizione dipende la volontà di "...divenir del mondo esperto", come afferma Ulisse nel Canto XXVI dell'Inferno.

Fin a questo riguardo ci presenta una lettura dell'algoritmo che vive della tensione tra il ruolo dell'algoritmo come procedura efficace, insieme di passaggi pensati per produrre un risultato in un tempo accettabile e prevedibile; e la sua funzione di processo computazionale perpetuo. In altri termini, per alcuni l'algoritmo è un metodo per risolvere un problema, per altri esso funziona in realtà come un processo in corso per sempre, modellando in modo persistente la realtà<sup>9</sup>.

L'algoritmo personifica l'Ulisse dantesco.

La conclusione può tradire l'intendimento iniziale, tuttavia è di fondamentale importanza tenere a mente questo aspetto, e lo è a maggior ragione per il problema

<sup>8</sup> P. E. AGRE, *Surveillance and Capture: Two Models of Privacy*, in N. WARDRIE FRUIN, N. MONTFORT (a cura di), *The New Media Reader*, The Mit Press, Cambridge (Mass.), 2003, pp.740 ss.; A. R. GALLOWAY, *Gaming: Essays on Algorithmic Culture*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2006.

<sup>9</sup> V. per esempio la relazione OCSE, "Embracing innovation in government. Global Trends 2019".

discusso in questo lavoro, perché se l'algoritmo, liberato dalle catene del tempo e dello spazio, come un novello Prometeo ruba il fuoco della conoscenza assoluta agli dei per consegnarla agli uomini, il suo spazio pubblico è destinato ad espandersi all'infinito. E ciò perché, come osservato, l'algoritmo è innanzitutto un'idea che mette in movimento strutture di logica simbolica, un prisma che rifrange una serie molto ampia di grammatiche culturali, filosofiche, matematiche e immaginative<sup>10</sup>.

### **3. Le nuove tecnologie al centro dell'agenda politica dei governi su scala internazionale.**

L'analisi del problema discusso non può proseguire senza considerare la centralità assunta dalle nuove tecnologie nelle agende politiche dei governi su scala planetaria. È un processo lungo e trasversale a tutte le latitudini e apparentemente indifferenziato, se ci si limita alla lettura della letteratura "grigia" prodotta nell'ultimo decennio.

Proliferano Libri bianchi, linee guida, raccomandazioni, *consensus meeting* e *task force* di esperti sull'impiego e gli impatti dell'Intelligenza Artificiale (IA).

I governi nazionali e quelli federati stanno stanziando importanti investimenti pubblici per sviluppare e implementare l'IA nello spazio pubblico, sorretti, consapevolmente o meno, dall'ineluttabilità degli effetti trasformativi che ne discenderanno dal welfare alla mobilità, dalla criminalità alla giustizia e più in generale dall'azione propria di uno Stato, l'amministrare<sup>11</sup>. Simbolicamente alcuni Stati hanno modificato alcuni assetti istituzionali e organizzativi, istituendo per esempio ministeri per l'intelligenza artificiale<sup>12</sup>. Ma ciò che scorre sul filo della conoscenza pubblica, trasmesso dalla letteratura "grigia" sul tema, nasconde ciò che carsicamente sta avvenendo. Non una novità, in senso assoluto, perché gli Stati per

<sup>10</sup> V. per esempio gli Emirati Arabi Uniti, il cui ministro, Al Olama, ha annunciato nel mese di dicembre 2017 che il suo team si concentrerà sullo sviluppo di normative e regolamenti sull'IA e diverrà oggetto di studio nelle scuole superiori e nelle università. Carattere simbolico assume anche la decisione di concedere la residenza a Tokyo ad un "ragazzo" nato dall'IA. Si tratta di un chatbot programmato per agire come un bambino di sette anni di nome Mirai. La decisione di rendere Mirai un cittadino giapponese residente fa parte di un progetto volto a rendere più familiare e accessibile il governo locale. Il compito assegnato a Mirai è di ascoltare le opinioni e i desideri dei residenti.

<sup>11</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *L'Intelligenza Artificiale per l'Europa*, COM(2018)237 del 25.4.2018

<sup>12</sup> Si v. al riguardo le osservazioni svolte da M. LYCETT, *Datafication: making sense of (Big) Data in a Complex World*, in *European Journal of Information System*, 22, 2013, pp. 381-386.

preservare la loro sovranità hanno sempre fatto guerre, ma certamente una novità sotto il profilo del risultato atteso, in termini di tempo e spazio. Un “colonialismo digitale”, che è innanzitutto culturale, non conosce confini e opera in tempo reale. Su questo punto torneremo nel paragrafo successivo (3.1).

Una precisazione è d’obbligo, tutti i documenti contengono, già nel titolo, un generico riferimento al “brand” IA, che come noto non è una tecnologia, bensì un insieme proteiforme di tecnologie in fase di sviluppo.

L’Europa, culla del rinascimento, consapevole dell’affanno sullo sviluppo tecnologico dell’IA negli Stati membri, ha da subito rivendicato una egemonia “culturale” sull’impatto dell’IA<sup>13</sup> sviluppando una strategia che poggia su tre pilastri: 1) incoraggiarne l’adozione, ma rimanendo al passo con gli sviluppi tecnologici; 2) prepararsi ai cambiamenti socioeconomici; 3) garantire un assetto etico e giuridico. Significativi nel delineare questa strategia sono, tra gli altri, l’antecedente Regolamento generale sulla protezione dei dati del 2016 (GDPR) e la relazione prodotta nel mese di marzo 2018 da un organismo di consulenza indipendente del Presidente della Commissione UE denominato “*European Group on Ethics in Science and New Technologies*”. Quest’ultimo documento contiene nove “prerequisiti e principi etici che dovrebbero guidare lo sviluppo e l’impiego dell’IA, e segnatamente: a) la dignità umana; b) l’autonomia; c) la responsabilità; d) la giustizia, eguaglianza e solidarietà; e) la democrazia; f) il principio di legalità e *accountability*; g) la sicurezza e l’integrità mentale e fisica; h) la protezione dei dati e la riservatezza; i) la sostenibilità.

L’approccio dell’UE, storicamente consolidato, è volto a bilanciare lo sviluppo e l’impiego dell’IA con la protezione dei dati<sup>14</sup>, il nutrimento di tutte le tecnologie che compongono l’IA. Questo atteggiamento non ha tuttavia impedito che a livello nazionale, alcuni Stati membri abbiano sviluppato strategie più “aggressive” pur nel perimetro delineato dall’UE. E’ il caso, tra questi, della Francia e della Germania, l’Inghilterra dopo la Brexit va da sé e sarà oggetto di alcune considerazioni nel paragrafo 3.1.

La Francia ha investito del compito il matematico Cédric Villani che nel suo rapporto finale, *Report Villani*, intitolato “*For a Meaningful Artificial Intelligence*”

---

<sup>13</sup> Oltre alla strategia Villani, la Francia aveva già sviluppato nel 2017 proprie linee guida per l’IA nel documento intitolato “*France Intelligence Artificielle*” su iniziativa di Axelle Lemaire e Thierry Mandon, rispettivamente Segretario di Stato per l’Innovazione e il Digitale e per l’Insegnamento superiore e la Ricerca.

<sup>14</sup> Negli stessi termini v. S. CIVITARESE MATTEUCI, *Umano troppo umano, Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2019, p.17.

presentato nel mese di marzo 2018 ha delineato una strategia volta, tra le altre, a: sviluppare una policy aggressiva sui dati, in modo da garantire l'accesso agli stessi; migliorare il potenziale della ricerca francese; investire sull'*Explainable AI*, segmento quest'ultimo molto competitivo su scala internazionale, soprattutto in termini di ricerca e costruzione delle competenze. Alla presentazione del rapporto il Presidente Macron ha annunciato l'investimento di 1,5 miliardi di euro nel quinquennio per la sua attuazione<sup>15</sup>.

La Germania ha stanziato 3 miliardi nella strategia nazionale sull'IA denominata "*Strategie Kunstliche Intelligenz der Bundesregierung*". La strategia si basa sui cosiddetti *Key points for Federal Government Strategy on Artificial Intelligence* ed è sintetizzabile in tre obiettivi: a) rendere la Germania leader globale nello sviluppo e nell'utilizzo delle tecnologie di AI ed assicurare la competitività della Germania nel futuro; b) salvaguardare uno sviluppo ed un uso responsabile dell'IA per porla al servizio dell'umanità; c) integrare nella società l'IA in termini etici, legali, culturali ed istituzionali nel contesto di un ampio dialogo all'interno della società e dei provvedimenti politici.

L'Italia, infine, ha dapprima istituito una *Task Force* di esperti sull'intelligenza artificiale d'iniziativa dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), cui ha fatto seguito nel 2018 il Libro Bianco intitolato "*L'intelligenza artificiale al servizio del cittadino*". Tra le proposizioni che meritano attenzione<sup>16</sup>, sebbene rimaste prive di contenuto economico e di reali investimenti conseguenti, vi sono quelle volte a stimolare l'impiego alla pubblica amministrazione delle tecnologie disponibili di IA per migliorare i servizi per il cittadino. Ulteriori spunti condivisibili e rilevanti riguardano le sollecitazioni volte a promuovere l'adeguamento professionale della burocrazia attraverso una idonea attività formativa<sup>17</sup>, e a ripensare gli assetti organizzativi degli uffici. C'è, infine un aspetto che sarà ripreso nel paragrafo 7, che mette in luce come uno dei problemi fondamentali, quando si tratta di disciplinare l'applicazione dell'IA all'attività della pubblica amministrazione, sia il bilanciamento

---

<sup>15</sup> L'aspetto formativo è ineludibile, a parere di chi scrive. Va rilevato tuttavia, come osservato da D. URANIA GALETTA, J. G. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019, p.14, che nulla è stato stanziato specificamente per la formazione tecnologica del personale alle dipendenze della Pubblica Amministrazione.

<sup>16</sup> Libro bianco (2018), cit., p. 55.

<sup>17</sup> In Europa, tra le più significative, si v. Spagna, Austria, Danimarca, Irlanda, Svezia, Finlandia e Norvegia. Nel resto del mondo Lituania, Estonia, Tunisia, Arabia Saudita, Emirati Arabi, Kenya, India, Malesia, Giappone, Singapore, Corea del Sud, Australia, Nuova Zelanda, Canada e Messico.

tra l'interesse pubblico e quello privato<sup>18</sup>. Pur apprezzando lo sforzo di considerare un problema centrale del dibattito, l'esito non è pienamente soddisfacente, limitandosi a considerare gli aspetti di tutela della riservatezza con gli strumenti previsti dal GDPR.

Se si volge lo sguardo fuori dall'UE sono cinque gli Stati che hanno un'agenda politica sull'IA che merita di essere considerata, soprattutto perché sono gli stessi che competono alla sfida di cui si darà conto nel paragrafo successivo. Per i fini del presente lavoro non si darà invece conto di tutte le altre esperienze, pur significative e interessanti<sup>19</sup>.

In Russia l'iniziativa nasce in campo militare<sup>20</sup> con lo scopo di consolidare le competenze nazionali sull'IA e sviluppare sistemi evoluti di *cyberwar* attraverso la creazione di un *campus* dedicato ad Anapa, sul mar Nero, in cui far confluire investimenti pubblici e privati, sotto la supervisione dell'esercito. Impresa digitale propria.

Gli Stati Uniti hanno una lunga tradizione, e si sono succeduti negli anni, in assoluta continuità rispetto ai Presidenti e alla composizione delle Assemblee rappresentative, svariati documenti di indirizzo cui hanno fatto seguito stanziamenti plurimiliardari con lo scopo di investire in ricerca e sviluppo sull'IA. Una prima ricognizione dello stato dell'arte avviene sotto la presidenza Obama nel 2016 che ha dato avvio ad un dibattito pubblico e all'individuazione di priorità strategiche destinate a contaminare il mondo intero<sup>21</sup>. Per comprendere la portata degli investimenti, pubblici, privati e classificati, basti pensare che la leadership mondiale sull'AI rappresenta per gli Stati Uniti la seconda priorità di ricerca, dopo quella militare in senso stretto, a valere sull'anno fiscale 2020. In questo panorama di superpotenze non poteva ovviamente mancare la Cina che, per mano del Consiglio di Stato ha pubblicato nel 2017 il *"New Generation Artificial Intelligence Development*

---

<sup>18</sup> Cfr. <http://defenseone.com/ideas/2018/07/russian-militarys-ai-development-roadmap/149900>.

<sup>19</sup> I tre rapporti più importanti, tutti reperibili in rete, sono: *"Preparing for the Future of Artificial Intelligence"*; *"The national Artificial Intelligence Research and Development Strategic Plan"* e *"Artificial Intelligence, Automation and Economy"*

<sup>20</sup> Cfr. <http://flia.org/notice-state-council-issuing-new-generation-artificial-intelligence-development-plan/>, tale piano si innesta a pieno titolo nella pianificazione e segnatamente nel "XIII Piano Quinquennale" e in quello "Made in Cina 2025".

<sup>21</sup> Cfr.

[http://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/664563/industrial-strategy-white-paper-web-ready-version.pdf](http://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/664563/industrial-strategy-white-paper-web-ready-version.pdf).

*Plan*<sup>22</sup> attraverso il quale ambisce a divenire la principale potenza nel settore entro il 2030 e a mobilitare l'industria interna dell'IA per un valore superiore ai 150 miliardi di dollari.

Sullo sfondo, due Stati competono, per profili diversi, alla sfida dei Grandi: il Regno Unito e Israele.

Il primo si è ritagliato un ruolo strategico a livello internazionale concentrando gli sforzi sulla dimensione etica dell'IA e investendo in un "*Centro per l'Etica e l'innovazione dei Dati*"<sup>23</sup> in competizione "non dichiarata" con la visione eurounitaria. Lo scopo è attrarre investimenti internazionali, in un ambiente legale favorevole e esercitare una leadership identitaria, chiara e riconoscibile.

Il secondo, storicamente incline a fungere da incubatore delle nuove tecnologie per il mondo intero, in campo militare, ma non solo, attrae i migliori investimenti internazionali, offrendo competenze e capitale umano altamente formato e una visione politica dell'innovazione improntata a grande pragmatismo. Il Governo ha individuato Isaac Ben-Israel e Eviatar Matania, entrambi già a capo della Task Force per la sicurezza digitale che ha reso Israele leader mondiale, per definire una strategia sull'AI. E' certamente annoverabile tra i paesi al mondo in cui si sono sviluppati i principali *tools* applicativi dell'IA, dall'ambito militare a quello della mobilità e ora nel redditizio campo dei servizi alla persona.

### **3.1 Sovranità digitale e computazionale sono la nuova frontiera della competizione mondiale tra Stati e mercato.**

Il problema discusso in questo paragrafo meriterebbe una autonoma trattazione, sia in ragione della complessità che della rilevanza del tema<sup>24</sup>. Ho ritenuto tuttavia di farvi cenno e svolgere qualche considerazione, seppur embrionale, in ragione del fatto che senza considerare questo aspetto, qualunque discussione sul tema che ci

<sup>22</sup> Si osservi che prima del 2011 nella letteratura accademica non si ricorreva alla nozione di "sovranià digitale" e "sovranià dei dati". E' una categoria recente il cui impiego subisce una accelerazione a partire dagli anni 2015-2018. Diffusamente sul punto v. S. COUTURE, S. TOUPIN, "*What Does the Notion of 'Sovereignty' Mean When Referring to the Digital?*," *New Media & Society* 21, no. 10 (October 1, 2019): 2305–22, <https://doi.org/10.1177/1461444819865984>.

<sup>23</sup> Così R. ALBERGOTTI, D. HARWELL, "*Apple and Google Are Building a Virus-Tracking System. Health Officials Say It Will Be Practically Useless*" in *Washington Post*, May 15, 2020, <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/05/15/app-apple-google-virus/>.

<sup>24</sup> [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651992/EPRS\\_BRI\(2020\)651992\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651992/EPRS_BRI(2020)651992_EN.pdf)

riguarda sarebbe amputata di un arto fondamentale. In altri termini, possiamo discutere all'infinito sulla legittimazione all'impiego di algoritmi nella sfera pubblica con argomentazioni e ricostruzioni stimolanti e sofisticate in senso positivo o contrario, ma non possiamo non considerare la sfida globale sulla sovranità digitale e computazionale come fattore destinato ad incidere in modo significativo sul formante dei sistemi giuridici stessi. E come sempre, ci saranno vinti e vincitori, tradizioni giuridiche che si sgretoleranno nell'eterno dilemma tra Antigone e Porzia.

Un esempio, dalla storia recente, può chiarire i termini del problema. Le applicazioni di tracciamento dei contatti – proliferate nel pieno della pandemia COVID-19 – hanno suscitato non poche perplessità, certamente sotto il profilo etico e della privacy, ma non solo. E invero, non sono mancate le voci che hanno fatto ricorso all'idea di sovranità per respingere le proposte provenienti da Google e Apple, sottolineando che «*They are exercising sovereign power. It's just crazy [...]. You have a private government that is making choices over your society instead of democratic governments being able to make those choices*»<sup>25</sup>.

La dimostrazione della rilevanza di un dibattito scientifico che pure è agli albori, è, tra gli altri, il *paper* del centro studi e ricerche del Parlamento Europeo del mese di luglio 2020 intitolato “*Digital sovereignty for Europe*” che iscrive il tema all'ordine dell'giorno dell'agenda politica dell'UE.

La sfida viene presentata nei seguenti termini «*There is growing concern that the citizens, businesses and Member States of the European Union (EU) are gradually losing control over their data, over their capacity for innovation, and over their ability to shape and enforce legislation in the digital environment. Against this background, support has been growing for a new policy approach designed to enhance Europe's strategic autonomy in the digital field. This would require the Union to update and adapt a number of its current legal, regulatory and financial instruments, and to promote more actively European values and principles in areas such as data protection, cybersecurity and ethically designed artificial intelligence*»<sup>26</sup>.

Gli altri paesi, e in particolare Stati Uniti, Cina, Russia, Israele e Regno Unito, da

<sup>25</sup> Diffusamente v. R. AVILA PINTO, *Digital Sovereignty or Digital Colonialism. New tensions of privacy, security and national policies*, in *Sur - International journal on human rights*, 2018, <https://sur.conectas.org/en/digital-sovereignty-or-digital-colonialism/>.

<sup>26</sup> Cfr. J. SHAPIRO, *Introduction: Europe's Digital Sovereignty*, in “*Europe's Digital Sovereignty: From Rulemaker to Superpower in the Age of US-China Rivalry*”, Carla Hobbs (ed.) July 2020, [https://www.ecfr.eu/page/-/europe\\_digital\\_sovereignty\\_rulemaker\\_superpower\\_age\\_us\\_china\\_rivalry.pdf](https://www.ecfr.eu/page/-/europe_digital_sovereignty_rulemaker_superpower_age_us_china_rivalry.pdf).

tempo hanno raccolto la sfida della sovranità digitale quale nuovo terreno di competizione tra le nazioni e nuova forma di colonialismo digitale<sup>27</sup>.

Le domande su chi possiede le tecnologie del futuro, chi le produce e chi stabilisce gli standard e regola il loro utilizzo sono diventate centrali per la competizione geopolitica. Le nazioni sono impegnate a plasmare gli sviluppi della nuova tecnologia e a cogliere i benefici - sia economici che geopolitici - che emergono da quest'era di rapidi cambiamenti<sup>28</sup> e con essi stanno cercando di proteggere la loro sovranità digitale.

Una sovranità i cui elementi essenziali sono: perimetro digitale, dati e tecnologie.

Va considerato, infine, il fatto che, rispetto alla sovranità "classica", oggetto di una competizione tra Stati, la sovranità digitale apre il fronte alle grandi aziende tecnologiche che indirettamente contribuiscono ad indebolire il potere stesso dello Stato. E così mentre si discute sull'impiego di algoritmi nell'esercizio del potere amministrativo, la gran parte delle scelte, tanto nello spazio pubblico, quanto in quello privato, sono già assunte da "governi" privati.

#### **4. L'era dell'algoritmo: "cultura algoritmica" e "regime della computazione".**

Se è vero che l'algoritmo è "un metodo per risolvere un problema"<sup>29</sup> secondo una definizione "pragmatica" - rileva Finn<sup>30</sup> - essa lo è solo in termini di utilità. In altri termini, gli algoritmi risolvono problemi che sono stati identificati dai programmatori che sviluppano il codice. Ma ridurre l'algoritmo a questa definizione ci impedirebbe di comprendere gli impatti che esso hanno sulla politica, sulla cultura, sulla concreta vita quotidiana e in ultima istanza sui sistemi giuridici, perché i compromessi e le analogie delle approssimazioni algoritmiche - osserva Pasquale -

<sup>27</sup> R. Sedgewick, K. Wayne, *Computer science 226: Algorithms and Data Structures*, in <http://www.cs.princeton.edu/~rs/AlgsDS07/oooverview.pdf>.

<sup>28</sup> Cfr. E. Finn, *op. cit.*, p. 6.

<sup>29</sup> F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2015, pp. 35 ss. Negli stessi termini anche E. Morozov, *Internet non salverà il mondo. Perché non dobbiamo credere a chi pensa che la rete possa risolvere ogni problema*, Mondadori, Milano, 2014.

<sup>30</sup> I. Bogost, *The Cathedral of Computation*, gennaio 2015, in <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2015/01/the-cathedral-of-computation/384300/>.

tendono ad eliminare tutto ciò che non comprendono<sup>31</sup>. Una definizione meramente pragmatica dell'algoritmo tende a celare e tacitare i reali problemi, che come tali non vanno respinti aprioristicamente, ma devono essere discussi, come ad esempio la convinzione che la trasparenza e la semplicità dei sistemi computazionali ci spinga a ritenerli come veicoli per un processo decisionale imparziale.

Nell'era computazionale c'è dunque un altro significato che richiede di essere disvelato, al di fuori dei canoni della scienza informatica, sebbene in questa sede non si possa che farne qualche limitato cenno.

Ed è questo secondo significato il più rilevante per il diritto, è con esso, prima ancora che con la *black box* dell'algoritmo che il diritto deve dialogare e porre i problemi fondamentali.

In questi termini, l'algoritmo spogliato della falsa semplicità e della sua perfezione computazionale, è una "macchina culturale" che genera una "cultura algoritmica". Attenzione però, non è come si potrebbe credere una cultura che va a sostituirsi ad un'altra, per intenderci quel pensiero devozionale sviluppatosi in Silicon Valley che vede delinearci la calcolabilità di tutta la conoscenza in nome della singolarità, bensì qualcosa capace di pervadere ogni sistema culturale, anche quelli che apparentemente sembrano non esserne intaccati.

Nel suo saggio critico sul mito della computazione, *The Cathedral of Computation*, Bogost ci fa comprendere meglio – volendo, per vero, dimostrare il contrario – questo secondo significato dell'algoritmo; ovvero qualcosa capace di generare una "cultura algoritmica" appunto, un *ethos* in perpetua evoluzione nel rapporto con l'algoritmo.

L'Autore sottolinea «come una volta che si comincia a guardarlo da vicino, ogni algoritmo tradisce il mito della semplicità unitaria e della purezza computazionale. Una volta adottato un certo scetticismo verso l'aspetto divino degli algoritmi e dei dati, non si può più interpretare un sistema computazionale come meramente algoritmico... Pensiamo per esempio a *Google Maps*. Non è solo un software cartografico che gira su un computer, ma coinvolge anche sistemi informativi geografici, satelliti e trasponder di geolocalizzazione, automobili guidate da esseri umani, sistemi di registrazione ottica panoramica montati su edifici, leggi internazionali sulle registrazioni e sulla privacy, sistemi di gestione di reti fisiche e di dati, nonché gli apparati mobili e non che presentano il tutto. Questa non è cultura

---

<sup>31</sup> E. Finn, *ibidem*.

algoritmica: è ...bè, è semplicemente cultura»<sup>32</sup>. Vero, ma una cultura sempre più trasformata e plasmata, sistemi culturali sempre più pervasi dalle implementazioni algoritmiche. Così come lo sono state l'Enciclopedia e le biblioteche nei secoli precedenti.

La ricerca algoritmica della conoscenza universale rispecchia e nutre la nostra eterna fame di conoscenza di sé e di consapevolezza collettiva al pari dell'Ulisse dantesco.

Nell'era dell'algoritmo la cultura algoritmica ha già iniziato a modificare i paradigmi del sapere e del potere. Un esempio di questo sono i Titani tecnologici del pianeta che, attraverso la loro ambizione di costruire algoritmi che possano sempre più "rispondere, conversare, anticipare", stanno, in realtà, costruendo un nuovo quadro epistemologico di ciò che è conoscibile e desiderabile. Finn la definisce «una gerarchia intellettuale di bisogni che, in ultima analisi, delinea lo spazio interno dell'identità umana», contrariamente a quanto sostenuto dal pensiero computazionalista secondo cui, per preservare la purezza dell'algoritmo rispetto a qualunque forma di contaminazione con i sistemi culturali di riferimento, gli algoritmi non hanno alcuna base ontologica per descrivere veramente il mondo, ma sono efficacissimi nel risolvere specifici problemi tecnici<sup>33</sup>.

I termini definitivi *ut supra* sono essenziali per proseguire nella discussione del problema e segnatamente per quanto si andrà a trattare nel paragrafo 6. Un esercizio sperimentale, può tuttavia facilitare la comprensione e aiutare a superare alcune astrazioni del dibattito giuridico sull'algoritmo.

---

<sup>32</sup> Questo approccio è, ad esempio, quello proposto dall'UE in *Common Framework for Country Strategy Papers, European Commission, Aid Delivery Methods – Project Cycle Management Guidelines, Vol I*, European Commission (2004) e comune alla letteratura relativa al policy making.

<sup>33</sup> Il lettore potrà ricordare la proposta di accordo che IBM fece al Governo Renzi nel 2016, con specifica richiesta di avere accesso ai dati sanitari della Regione Lombardia in cambio di un cospicuo investimento sul territorio destinato a creare un centro di competenze sulla piattaforma di IA nota con il nome Watson. Si trattava in realtà della necessità da parte di questa azienda di avere a disposizione una grande mole di dati sanitari, con una profondità storica che in Regione Lombardia risale ad oltre quindici anni, per addestrare gli algoritmi. Per svariate ragioni – per esempio negli Stati Uniti non esiste una base dati unitaria, ogni ospedale ha la disponibilità dei propri - in nessuna altra parte del mondo c'era la disponibilità di questo patrimonio, significativo per numerosità e popolazione di riferimento. L'accordo siglato fu destinato a restare lettera morta per le molteplici interferenze con la regolamentazione in materia di trattamento dei dati personali e di dati sensibili.

## 5. Sistemi algoritmici applicati alla decisione amministrativa: il caso della Regione Lombardia.

La curiosità dell'argomento, coltivata in anni di studio e ricerche con specifico riguardo alla sua applicazione alle decisioni amministrative, mi ha suggerito di percorrere una strada inversa rispetto all'analisi del diritto positivo. Ciò, non va sottaciuto, anche in ragione della sua complessità e della sostanziale assenza di riferimenti normativi precisi.

E così, avendone l'occasione, ho preferito seguire la via empirica, realizzare cioè una applicazione e contestualmente riflettere sulle sue implicazioni dal punto di vista del diritto amministrativo.

La Regione Lombardia è stato il terreno fertile di questa sperimentazione, avviata nel 2016 presso la Direzione generale Università, ricerca e innovazione. Insieme ad un gruppo di giovani ricercatori che da anni avevano maturato specifiche competenze sul *machine learning* e avevano all'attivo plurime esperienze applicative, abbiamo realizzato una piattaforma di *open analytics* che attraverso una innovativa metodologia di analisi dei dati e sofisticati algoritmi supporta il decisore pubblico (i.e. l'amministrazione regionale) nell'adozione di atti amministrativi generali connotati da ampia discrezionalità ed esposti alla continua tensione degli interessi, ovvero atti di programmazione e *asset allocation* in alcuni rilevanti ambiti di competenza regionale, quali ad esempio la sanità, la ricerca scientifica e tecnologica, la mobilità, l'ambiente e l'agricoltura che valgono complessivamente oltre 20 miliardi del bilancio regionale.

Il metodo impiegato – divenuto oggetto di un brevetto internazionale di cui è titolare la Regione Lombardia - permette la selezione di *dataset* e fonti informative eterogenee per la redazione automatica di documenti strutturati e sintetici di valutazione dei bisogni del territorio a cui far corrispondere investimenti per il raggiungimento di obiettivi misurabili.

Attraverso una visualizzazione concettuale basata su un quadrante riassuntivo in grado di stimolare ulteriori approfondimenti da parte degli utilizzatori e fruitori dell'invenzione l'amministrazione è supportata nella definizione delle scelte e delle strategie future.

Nell'ambito della formulazione degli atti di programmazione regionale cui associare strategie di crescita economica, innovazione, benessere dei cittadini e

risposta ai loro bisogni, il processo che porta dalla raccolta di dati grezzi fino all'estrazione e presentazione di informazioni quantitative rilevanti per l'identificazione di obiettivi realistici ed efficaci è spesso svolto in modo qualitativo e poco strutturato e come tale non ripetibile. Ad esempio, l'Amministrazione solitamente svolge una istruttoria per gradi che si sviluppa nelle seguenti azioni: a) analisi degli Stakeholder; b) analisi dei problemi; c) analisi degli obiettivi; d) analisi delle strategie<sup>34</sup>.

Tuttavia, nonostante siano stati proposti strumenti più o meno evoluti per supportare la gestione di un progetto compresa la fase di programmazione, quali ad esempio il quadro logico, i passi sopra elencati sono tipicamente affrontati con un approccio qualitativo che si basa sostanzialmente sull'intuizione e le competenze dei funzionari e/o dei loro consulenti. L'assenza di un approccio sistematico, quantitativo e riproducibile provoca numerosi svantaggi nell'esercizio dell'azione amministrativa, tra cui: a) sub-ottimalità degli atti di programmazione e dei relativi investimenti; b) difficoltà nel monitorarne l'efficacia; c) difficoltà nel motivare e comunicare con gli stakeholder le decisioni assunte, in quanto mancanti o comunque carenti di informazioni quantitative a loro supporto.

Per superare in parte tali limitazioni, sono stati proposti approcci metodologici e algoritmici che possono essere applicati per affrontare in modo quantitativo alcuni dei singoli passi dell'istruttoria che porta alla definizione dei provvedimenti, non sempre seguiti in modo sistematico nell'istruttoria tradizionale.

La maggior parte di questi approcci è dedicato all'individuazione dei bisogni sociali. In assenza di approcci quantitativi, questa fase cruciale nel processo di formulazione delle decisioni amministrative spesso, oltre ad essere succube di inerzie legate a politiche già attuate o in attuazione, avviene tramite la raccolta di stimoli derivanti da: a) gruppi di riferimento (partiti politici, organizzazioni di categoria ecc.); b) eventi esogeni (invecchiamento popolazione, immigrazione, ecc.); c) soggetti istituzionali esterni (come ad esempio le risposte a richieste dello Stato o dell' UE per la definizione di piani di azione regionali).

Tale approccio per l'individuazione dei bisogni presenta tuttavia numerosi svantaggi che hanno una ricaduta diretta sul cittadino: a) non tutti i gruppi hanno una capacità di accesso alla comunicazione del bisogno proporzionale all'urgenza;

---

<sup>34</sup> Si v. per esempio l'interessante caso riportato nel lavoro di D. GALETTA, J. G. CORVALÁN, *op. cit.*, in relazione al sistema Prometea applicato agli appalti pubblici nella città di Buenos Aires.

alcuni gruppi non riescono quindi a comunicare il loro bisogno nonostante esso possa essere un bisogno importante; b) non tutti gli eventi hanno lo stesso impatto e la stessa visibilità; eventi con scarsa visibilità oggi possono avere un forte impatto domani e inoltre non sempre è facile misurare l'impatto; c) gli stimoli dei soggetti istituzionali esterni possono non essere più adeguati alle esigenze attuali del territorio; d) le inerzie decisionali possono dar luogo a sovra-rappresentazione di bisogni non più attuali.

D'altro canto, è possibile reperire una grande mole di dati, e la Regione Lombardia è sicuramente all'avanguardia a livello mondiale, avendo da tempo progettato una infrastruttura digitale per la raccolta dei dati<sup>35</sup>, che contengono informazioni rilevanti, e quindi generano conoscenza, per l'individuazione di bisogni dei cittadini e del territorio cui indirizzare gli investimenti, spesso con ampio dettaglio nel tempo e nello spazio.

In altri termini, a partire dai dati disponibili, anche non strutturati, che descrivono le strategie messe in atto in passato da un ampio insieme di regioni e il loro effetto su una serie di indicatori rilevanti, il problema che si pone è riuscire a estrarre da tali dati le informazioni necessarie a prendere le decisioni amministrative ottimali.

Un'altra criticità che affligge il momento istruttorio riguarda il fatto che i dati relativi ad altre regioni sono tipicamente utilizzati in modo quantitativo solo ai fini di confronto e monitoraggio (*benchmark*, secondo la terminologia in uso), mentre ai fini della decisione amministrativa tali dati vengono utilizzati solo in modo qualitativo e manuale, lasciando alla mente umana il compito di estrapolare dai dati l'azione da intraprendere.

Il *machine learning*, come anticipato nei paragrafi che precedono può abilitare il processo di estrazione di informazioni, e quindi di conoscenza, dai dati. Le tecniche di *machine learning*, infatti, permettono di imparare da un numero più o meno limitato di esempi, definiti esempi di addestramento o training, una qualche forma di relazione tra dati rendendo possibile generalizzare tale relazione a nuovi esempi

---

<sup>35</sup> La letteratura sul tema presenta svariati casi in cui si ricorre al machine learning nell'attività amministrativa, tra questi si veda ad esempio P. GILLINGHAM, "Predictive Risk Modelling to Prevent Child Maltreatment and Other Adverse Outcomes for Service Users: Inside the "Black Box" of Machine Learning", in *British Journal of Social Work*, 2016, 46(4):1044-1058. L'Autore mostra come le tecniche di Machine Learning possono essere utilizzate per prevedere il rischio di abusi nei minori a partire da una serie di dati amministrativi. Si veda anche C. COGLIANESE, D. LEHR, "Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning", in *Georgetown Law Journal*, vol.105, 2017, p. 1147 ss. dove si può leggere una approfondita analisi dello stato dell'arte delle tecniche di *machine learning* applicate all'ambito politico-amministrativo.

provenienti dalla stessa popolazione degli esempi utilizzati nella fase di addestramento.

In ambito amministrativo il *machine learning* inizia ad essere impiegato, ma la sua applicazione è spesso limitata a supportare le decisioni per problemi ben definiti<sup>36</sup> e non nell'individuazione stessa dei problemi, che rappresenta l'oggetto dell'invenzione e della sperimentazione in Regione Lombardia<sup>37</sup>. L'analisi della letteratura sul tema mostra infatti come nessuna applicazione vede al centro l'individuazione dei problemi, limitandosi a fornire il supporto alla soluzione di problemi precedentemente identificati in modo manuale dall'uomo.

Una grossa limitazione delle applicazioni correnti delle tecniche di *machine learning* all'azione amministrativa risiede nell'esaminare solo il territorio di riferimento (i.e i confini amministrativi), identificando quindi, come esempi di una popolazione (comportamenti, abitudini, caratteristiche socioeconomiche e demografiche) le realizzazioni passate di un fenomeno di interesse. Non esiste, quindi, un approccio all'istruttoria amministrativa in cui le decisioni assunte in passato da regioni diverse siano identificate come esempi di un cluster di decisioni e in cui le tecniche di *machine learning* siano utilizzate per imparare le decisioni future da assumere e il loro impatto su una regione di riferimento<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Un prerequisito importante per poter imparare da decisioni passate è che esse appartengano allo stesso cluster che si vuole predire. Per poter applicare ed adattare le tecniche di *machine learning* al processo di formulazione di una decisione amministrativa per una data regione *r* rispetto a un dato tema, risulta quindi fondamentale identificare quali sono le regioni appartenenti allo stesso cluster della regione *r* relativamente al tema di interesse.

<sup>37</sup> Altri approcci metodologici e algoritmici sono stati proposti per confrontare tra di loro diverse regioni. Tra questi si v. M. NAVARRO, J. J. GIBAJA et al., *Regional Benchmarking In The Smart Specialisation Process: Identification Of Reference Regions Based on Structural Similarity*, S3 Working Paper Series, 2014, report tecnico relativo alle linee guida S3 (strategia dell'UE per la ricerca), che identificano un *framework* metodologico e algoritmico per l'individuazione di regioni simili a livello europeo. Gli autori evidenziano la necessità di identificare i vantaggi locali attraverso il confronto sistematico con altre regioni. Si evidenziano dal punto di vista metodologico le principali categorie di variabili, e possibili relative fonti, per identificare similarità tra regioni secondo diversi punti di vista. Viene inoltre presentato un caso più dettagliato, relativo ai Paesi Baschi, che mette in mostra potenzialità e peculiarità della regione in confronto a competitor e regioni vicine. In S. MARAUT, H. DERNIS, C. WEBB, V. SPIEZIA, D. GUELLEC, *The Oecd Regpat Database: A Presentation*, Working Paper 2008/2, invece, viene documentato il processo di creazione del database REGAPT dell'OECD, che identifica la distribuzione geografica dei brevetti presenti nei maggiori archivi internazionali. Il processo di regionalizzazione, che copre più di 2000 regioni all'interno degli stati afferenti all'OECD, avviene attraverso l'analisi degli indirizzi dei richiedenti, e prevede diverse regole logiche per la disambiguazione nei casi meno chiari. Il database nasce con lo scopo di fornire ai ricercatori uno strumento per indagare l'innovazione a livello regionale.

<sup>38</sup> Tra questi approcci si veda il lavoro di N. Askitas, K. F. Zimmermann, *Google Econometrics and Unemployment Forecasting*, in *Applied Economics Quarterly* 55.2, 2009, pp.107-120, in cui viene presentato un possibile utilizzo di *Google Trends*, per rilevare attraverso tecniche standard di regressione, il tasso di disoccupazione in Germania a partire dall'interesse degli utenti del motore di ricerca verso specifiche keyword. I

Per quanto l'utilizzo di regioni diverse combinate all'uso di tecniche di *machine learning* sia un approccio totalmente innovativo ai fini di formulazione di decisioni amministrative, l'analisi del contesto basata sul confronto con un insieme di regioni di riferimento è un approccio comune nel processo di formulazione di atti amministrativi generali. In questo caso l'insieme di regioni di riferimento sono solitamente selezionate in modo manuale in base ad un rationale spesso basato su un qualche concetto di similarità relativamente al tema di interesse. Per esempio, se una regione deve essere analizzata per quanto riguarda il tema mobilità, se tale regione è prevalentemente urbanizzata e con pochi rilievi, nell'identificazione delle regioni da utilizzare per un confronto saranno scartate le regioni tipicamente rurali e con una forte presenza di rilievi. Questa selezione è però spesso fatta in modo qualitativo e non sistematico.

Tra gli approcci algoritmici alla selezione di regioni di riferimento, tra i più degni di nota vi è quello alla base dello strumento per il confronto tra regioni europee sviluppato dall'UE "*Benchmarking Regional Structure*", che si basa però esclusivamente su similarità strutturali e che è quindi limitato, per approccio algoritmico, dalla natura fondamentalmente statica dei *cluster* identificati e dall'impossibilità di integrare variabili puntuali e relative a problemi più specifici su cui si può andare ad agire. I gruppi di regioni estratte in questo modo possono servire come punto di partenza per confronti successivi, ma non possono esaurire il

---

risultati del modello permettono di rilevare una stima attendibile del tasso di disoccupazione, e di prevedere la sua variazione a breve termine, in modo localizzato geograficamente. Questo approccio è particolarmente interessante perché permette di superare soprattutto il limite dell'obsolescenza dei dati a disposizione. Nell'articolo di R. Arunachalam, S. Sarkar, *The New Eye Of Government: Citizen Sentiment Analysis in Social Media*, in *Sixth International Joint Conference On Natural Language*, 2013, pp.23 ss., si segnalano invece le potenzialità dei social media nell'attività di *Sentiment Analysis* dei cittadini da parte di enti governativi. In tale articolo, vengono analizzate le attività di un gruppo di social media (Twitter, Facebook, Flickr, Blog e News Feed), estraendo i contenuti relativi a tematiche rilevanti per un'agenzia di servizi sociali statunitense. Dall'analisi di "hotword" identificate e rilevate per gli argomenti d'interesse, l'articolo mostra nel caso reale l'identificazione di un *sentiment* negativo verso i ritardi nel rispondere alle domande di sostegno economico per disabilità. Attraverso questa strategia, viene identificato sia un problema sociale, sia un problema specifico organizzativo su cui è possibile andare ad agire, ovvero un'area di investimento. In J. E. Camargo, C. A. Torres, O. H. Martínez, F. A. Gómez, *A big data analytics system to analyze citizens perception of security*, in *Proceedings of the 2016 IEEE International Smart Cities Conference (ISC2'16)*, IEEE, viene presentato un sistema per l'analisi localizzata e automatica di tweet relativi alla sicurezza del cittadino, applicato alla città di Bogotá in Colombia. Un classificatore binario supervisionato viene utilizzato per classificare i messaggi rilevati in tempo reale dal sistema. Attraverso l'utilizzo del sistema, si costruiscono mappe aggiornate in tempo reale relative alla percezione di sicurezza dei cittadini. Infine, il problema generale di raccogliere, filtrare, trasformare e visualizzare i dati per supportare le persone nel prendere decisioni è comune a numerosi settori, dall'economia aziendale alla medicina, all'interno dei quali sono state proposte soluzioni differenti. Tra queste una delle più affini al metodo sperimentato in Regione Lombardia è quella descritta all'interno del brevetto US2017031958 e specifico per il problema dell'ottimizzazione della performance aziendale.

problema<sup>39</sup>.

Per quanto la disponibilità di tecnologie di *open analytics* fa sì che i dati a disposizione siano sempre più aggiornati, un'altra significativa limitazione nell'uso dei dati a disposizione risiede nel fatto che tali dati rappresentano al più la situazione presente (ad esempio il dato amministrativo) e non futura, mentre gli atti di programmazione, per essere davvero efficaci, devono permettere di anticipare i problemi prima ancora che essi lo diventino.

Per superare in parte tali svantaggi sono stati proposti alcuni approcci metodologici e algoritmici dedicati all'individuazione dei bisogni, e in alcuni casi anche delle potenziali aree di investimento; molti di essi sfruttano i dati provenienti da *social media* e da dati di navigazione in rete, che rappresentano un ulteriore ed enorme bacino di dati potenzialmente utili nell'analisi dei bisogni, ed utilizzano tecniche di *machine learning*, tra cui regressione, classificazione, *sentiment analysis* e *natural language processing*<sup>40</sup>.

L'amministrazione, oltre ai limiti descritti nel formulare gli atti amministrativi generali di indirizzo e programmazione, incontra non poche difficoltà a comunicare (*rectius*, motivare) le scelte adottate, soprattutto laddove si prevede l'allocatione di risorse, ovvero laddove la decisione amministrativa ha un impatto diretto sulle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini. L'approccio attuale, fondato su una discrezionalità amministrativa che risente dello stato della conoscenza e spesso privo di una base dati "oggettiva" e conoscibile, impedisce quella trasparenza delle decisioni sempre più richiesta e "desiderata" tanto dagli stakeholder che dagli stessi cittadini, a meno che non vengano affrontati bisogni espressi e comuni alla maggioranza della popolazione.

Ciò sta generando, altresì, non pochi problemi all'impianto stesso del sistema decisionale, creando forti tensioni per esempio tra esecutivo e ruolo delle Assemblee elettive, sia a livello statale che regionale<sup>41</sup>.

Il problema si acuisce e diviene ancor più rilevante nel caso di decisioni

---

<sup>39</sup> La recente esperienza della pandemia Covid-19 ha mostrato tutti i limiti di un sistema decisionale sempre alla ricerca di una legittimazione e di argomentazioni per motivare le scelte adottate.

<sup>40</sup> Il brevetto è registrato all'*European Patent Office* con il seguente numero progressivo 20168688.8 – 1213. Il proprietario è Regione Lombardia, gli inventori sono R. Albonetti, A. Cardani, M. De Bartolo, M. Santoro, A. Venturi.

<sup>41</sup> Così Cons. St. 04 febbraio 2020, n.881; nello stesso senso v. anche Cons. St. 13 dicembre 2019, n. 8472 ove si osserva che "il ricorso ad algoritmi informatici per l'assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata si fonda sui paventati guadagni in termini di efficienza e neutralità".

amministrative che anticipano i bisogni ancora prima che essi siano emersi. In questi casi infatti, l'interesse perseguito, proprio perché latente, potrebbe non essere ancora percepito come meritevole di tutela e quindi non accettato o addirittura non conforme all'interesse pubblico protetto dalla norma di diritto positivo, aprendo un *vulnus* sul principio di legalità dell'azione amministrativa.

Sempre nell'ambito della comunicazione delle motivazioni che hanno portato alla formulazione di una decisione, anche in presenza di dati oggettivi, specie là dove i dati sono tanti e le relazioni e le regole logico-matematiche tra i dati che hanno portato all'individuazione di un obiettivo (interesse) sono complesse, è particolarmente critico l'aspetto legato all'intellegibilità di una relazione o regola, perché non sempre è sufficiente una visualizzazione grafica di un indicatore o insieme di indicatori per poter cogliere eventuali anomalie o tendenze.

Il modello sperimentale adottato ha pertanto seguito un approccio che permetta di: a) sfruttare la grande mole di dati disponibili, provenienti da fonti eterogenee, che descrivono diversi indicatori e variabili al variare del tempo e dello spazio; b) estrarre da tali dati gli indicatori quantitativi che, opportunamente visualizzati, permettano di individuare obiettivi e interessi adeguati alle esigenze reali ed attuali del territorio, anche in chiave predittiva; c) comunicare in modo intellegibile e oggettivo le decisioni e le motivazioni che hanno portato alla loro adozione; d) monitorare l'andamento dell'attuazione e i risultati attesi; e) rivelare in tempo reale le anomalie per consentire interventi correttivi.

La piattaforma, di proprietà pubblica, e la metodologia di cui si avvale, oggetto di brevetto internazionale<sup>42</sup> la cui titolarità è in capo alla Regione Lombardia, garantiscono il rispetto di quei principi di "sovranià digitale" cui si è fatto cenno nel paragrafo 3.1; i *tools* applicativi supportano l'amministrazione regionale nell'assunzione delle decisioni amministrative e permettono di motivare adeguatamente i provvedimenti della Giunta in relazione alle scelte e strategie adottate, preservando al contempo la discrezionalità politica e amministrativa degli organi titolari delle relative funzioni.

<sup>42</sup> E. Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. It.*, 2019, 7, pp.1761 ss.

## 6. Complessità e autonomia della conoscenza per un nuovo bilanciamento tra potere pubblico e interessi privati.

Diversi contributi sul tema, muovendo i passi dagli ambiti di applicazione delle decisioni automatizzate da parte della pubblica amministrazione, a ragione, si sono soffermati sulla natura dell'attività esercitata. E così facendo secondo le categorie classiche della discrezionalità amministrativa, di quella tecnica e dell'attività vincolata, sono giunti a conclusioni diverse. Semplificando e rinviando al dibattito dottrinale in corso, v'è infatti chi ritiene che l'impiego del procedimento algoritmico – senza distinzione tra attività istruttoria e attività decisoria – debba essere confinato all'attività amministrativa vincolata; chi, viceversa, estende l'ambito di applicazione all'attività amministrativa connotata da discrezionalità tecnica, enfatizzando che proprio in tale contesto l'amministrazione può avvalersi di uno strumento automatizzato capace di filtrare conoscenze tecnico scientifiche molto complesse, solitamente appannaggio di saperi esperti estranei all'organizzazione dell'amministrazione procedente. Infine, non mancano contributi che, valorizzando il dettato costituzionale dell'art. 97, vedono proprio nell'attività amministrativa discrezionale lo spazio di applicazione più promettente e vasto delle nuove tecnologie dell'intelligenza artificiale e segnatamente degli algoritmi di *machine learning*, e ciò in ragione di una legittima aspettativa di contenimento di una discrezionalità che – alla prova dei fatti – si basa sullo stato attuale della conoscenza, o comunque su un bilanciamento di interessi inevitabilmente contaminato dalla tensione tra interesse pubblico primario, interessi pubblici secondari e interessi privati la cui complessità rende la loro composizione non agevole, restituendoci una decisione amministrativa, che pur rispettando i principi generali dell'atto amministrativo e quindi non suscettibile di impugnativa avanti il giudice amministrativo, non è sempre ottimale.

Il dibattito su questo fronte è aperto, tanti capitoli devono ancora essere scritti, soprattutto sul fronte dell'interazione uomo-macchina, che rappresenta certamente la nuova frontiera dell'intelligenza artificiale e per gli amministrativisti la pacificazione della *vexata questio* sull'antropomorfizzazione dell'algoritmo.

In questa sede mi vorrei tuttavia soffermare su un aspetto che precede la disamina degli ambiti di applicazione in relazione alla natura dell'attività amministrativa esercitata.

E invero, i paragrafi che precedono, sebbene in estrema sintesi, ci prospettano l'emergere di un nuovo problema: la complessità della conoscenza estratta dai dati, che rappresenta l'altra faccia della medaglia della complessità del "mondo nuovo" chiamato a convivere con l'accelerazione della conoscenza scientifica e tecnologica e la potenza computazionale.

La complessità della conoscenza impone di ripensare la funzione conoscitiva pubblica, tratto quest'ultimo che, da subito, come noto, aveva perso di rilevanza nell'ambito del procedimento amministrativo all'indomani dell'entrata in vigore della l. 241/1990 e s.m.i.

In questo senso, la complessità della conoscenza restituisce centralità e "peso specifico" all'attività istruttoria della pubblica amministrazione e produce un benefico effetto lenitivo della tensione tra gli interessi che si realizza proprio durante l'attività decisoria.

Il Consiglio di Stato, in nuce, sembra cogliere la portata innovativa dell'impiego degli algoritmi nell'ambito del procedimento amministrativo proprio quale strumento attraverso il quale "... correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messe in luce soprattutto negli ultimi anni da un'imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva"<sup>43</sup>.

Se vero che il procedimento algoritmico è destinato ad incidere sul processo cognitivo in sede istruttoria, attraverso la distillazione dei dati per il tramite di algoritmi, diviene dunque rilevante interrogarsi sull'autonomia dell'attività (*rectius* potere) conoscitiva dell'amministrazione, soprattutto nella misura in cui essa è destinata ad incidere sulle situazioni giuridiche soggettive di privati cittadini nella fase decisoria del procedimento.

In altri termini, la decisione amministrativa, allo stato attuale potrà pure restare appannaggio esclusivo dell'uomo e confinata entro gli ambiti dell'attività tipica, ma è impensabile non riconoscere il ruolo di condizionamento sull'agente che la conoscenza algoritmica è destinata ad esercitare. Allo stesso modo, nel contraddittorio con gli interessi privati questa forma nuova di conoscenza, se non condivisa e accessibile, è destinata a generare una disparità nel solco del binomio autorità-libertà.

---

<sup>43</sup> B. Raganelli, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenze diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *Federalismi.it*, 22, 2020, p. 252.

Ma v'è di più se si considera che "l'aspetto dell'attività conoscitiva in moltissimi settori dell'attività amministrativa, come ad esempio l'azione delle Autorità amministrative indipendenti o l'affidamento dei contratti pubblici, molto spesso è prevalente su quello valutativo: ed in ogni caso la figura della discrezionalità sembra confinata non nell'accertamento dell'illecito, nell'esempio l'attività anticoncorrenziale ovvero nell'attribuzione del punteggio, ma rispettivamente nella determinazione, applicazione ed erogazione della sanzione; ovvero nell'apprezzamento del prodotto (bene o servizio) che si ritiene non sindacabile dal giudice amministrativo"<sup>44</sup>.

I giudici di Palazzo Spada, pur comprendendo la portata di una nuova forma di conoscenza per l'amministrazione, astrattamente idonea a rispettare quei principi su cui si esercita il sindacato di legittimità, da una parte spostano il confine del rapporto tra tecnologia e diritto, dall'altra non risolvono la tensione interpretativa che si viene a creare tra l'algoritmo, quale nuova forma di conoscenza, e la disciplina generale del procedimento amministrativo<sup>45</sup>. A ben vedere dunque il sindacato sulla decisione amministrativa, che ha come presupposto una istruttoria algoritmica deve soggiacere ai principi di ragionevolezza, pubblicità, trasparenza, imparzialità e non discriminazione; principi tutti che devono necessariamente essere ripensati nel loro significato in relazione alla regola algoritmica.

In altri termini, la soluzione del problema sembra essere rinviata dal momento che il giudice amministrativo ci chiede di adattare la regola di conoscenza algoritmica ai principi che fino ad oggi hanno retto l'esercizio dell'attività amministrativa, con gli evidenti limiti che questo comporta dal punto di vista della piena intellegibilità del procedimento di conoscenza algoritmica, per vero non dissimile da quanto avviene per la conoscenza umana.

Si aprono dunque nuovi scenari che devono essere esplorati sotto il profilo della diffusione e accessibilità dei dati, trasformati dagli algoritmi in informazioni e dunque in conoscenza, da parte dei cittadini per una maggiore garanzia dell'effettività dei principi di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa. In questi termini l'amministrazione ha il dovere di produrre una conoscenza autonoma e adeguata dei fatti e delle situazioni alla base delle relative decisioni amministrative; che significa innanzitutto piena sovranità sulla tecnologia impiegata e non solo in termini di competenze rispetto all'uso. Si tratta, dapprima, di superare

<sup>44</sup> Si pensi per esempio all'art. 3-bis della l. 241/1990.

<sup>45</sup> V. In tal senso anche D. U. Galetta, J. G. Corvalan, *op. cit.*, p.3.

la debolezza organizzativa e professionale delle amministrazioni, a partire dal reclutamento di personale alle proprie dipendenze, nel produrre una conoscenza “propria” e “autonoma” sulla realtà che è chiamata ad amministrare. E a maggior ragione proprio in quei procedimenti ad alto tasso di discrezionalità amministrativa, in cui le incognite sono molteplici, la capacità computazionale e predittiva potrà essere di supporto alla ponderazione degli interessi. E ancora in quei procedimenti soggetti a discrezionalità tecnica il procedimento algoritmico offre l’indubbio vantaggio di favorire l’autonomia conoscitiva della pubblica amministrazione anche rispetto agli aspetti tecnico-scientifici.

Il metodo acquisitivo di cui si avvale la conoscenza algoritmica diventa uno strumento molto importante, efficiente e penetrante sotto il profilo istruttorio che permette all’amministrazione di ricostruire i fatti in tutta la loro complessità, riequilibrando nella sostanza, e non nel mero rispetto formale dei principi propri del procedimento amministrativo, il rapporto tra esercizio del potere pubblico e l’insieme degli interessi pubblici (primari e secondari) e privati.

## **7. Gli algoritmi nei procedimenti di selezione ed esecuzione dei contratti pubblici.**

Uno degli ambiti in cui può trovare applicazione il procedimento amministrativo algoritmico, sia in termini di efficienza ed efficacia dell’azione amministrativa che dal punto di vista del rispetto sostanziale dei principi che reggono l’attività dell’amministrazione, è certamente quello dei contratti pubblici.

Già le direttive 23, 24 e 25 del 2014 sui contratti pubblici individuarono, tra gli obiettivi prioritari, la semplificazione da perseguire anche attraverso l’utilizzo di tecnologie informatiche.

Nonostante una indubbia arretratezza terminologica, che ancora faticava ad individuare puntualmente l’insieme delle tecnologie disponibili (*machine learning, blockchain* etc...), v’era la consapevolezza che le tecnologie digitali avrebbero potuto trasformare radicalmente l’intero ciclo dei pubblici appalti e soprattutto armonizzare le due fasi tipiche di selezione ed esecuzione del contratto. Come noto infatti, non è solo la fase di selezione del contraente, caratterizzata dall’esercizio del potere amministrativo, ad avere un impatto significativo sull’attività amministrativa,

soprattutto in termini di composizione degli interessi pubblici e privati rilevanti; anche la fase di esecuzione dei contratti è sempre più connotata da asimmetrie informative che espongono l'amministrazione all'impossibilità di esercitare quelle funzioni tipiche di controllo sulla corrispondenza tra le obbligazioni assunte e il loro corretto adempimento.

I medesimi obiettivi strategici sono ribaditi nel d.lgs. n. 50/2016 e in molteplici norme di diritto positivo<sup>46</sup>, come quelle contenute nel Codice dell'Amministrazione Digitale di cui al d.lgs. n. 82/2015 e s.m.i.

Come si è avuto modo di notare nei paragrafi che precedono, si tratta di cambiamenti che vanno ben al di là della mera necessità di adattare la Pubblica Amministrazione al passaggio da un'amministrazione che gestisce file cartacei ad una amministrazione che gestisce file digitali<sup>47</sup>. E in questo senso si avvertono tutti i limiti di una legislazione positiva che, nell'illusione illuministica, "insegue" la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, cui si aggiunge l'incapacità di ripensare i modelli organizzativi e i procedimenti amministrativi secondo il prisma del digitale.

Come sempre accade in questi casi, prima del dato normativo, è l'esperienza che matura in alcuni ambiti, per l'intraprendenza di qualche solerte dirigente, che contamina, dal basso, l'attività delle amministrazioni.

L'applicazione del procedimento algoritmico nella selezione ed esecuzione dei contratti pubblici è destinato a conquistare un ampio spazio, anche e soprattutto in considerazione della crescente complessità degli stessi.

In questo contesto, considerata la finalità esplorativa e strumentale dell'ambito di applicazione considerato, ci si limiterà ad alcuni esempi per una prima rappresentazione del problema.

Il procedimento algoritmico può innanzitutto trovare un impiego generalizzato nell'elaborazione dei bandi di gara e in particolare nella definizione delle condizioni generali e specifiche tecniche nell'acquisizione di beni e servizi o nell'affidamento di

---

<sup>46</sup> Una esperienza in questi termini è quella della città di Buenos Aires, con il già citato Sistema Prometea, su cui diffusamente D. U. Galetta, J. G. Corvalan, *op. cit.*, p. 9.

<sup>47</sup> L'impiego da parte delle stazioni appaltanti di queste procedure è incentivato dalla previsione di cui all'art.23 comma 13 del D.lgs. n.50/2016. Il DM n.560 del 1 dicembre 2017 (Decreto Baratonò) definisce le modalità e i tempi di progressiva introduzione, da parte delle stazioni appaltanti, delle amministrazioni concedenti e degli operatori economici, dell'obbligatorietà dei metodi e degli strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, nelle fasi di progettazione, costruzione e gestione delle opere e relative verifiche.

lavori<sup>48</sup>. I benefici attesi sono innegabili sia in termini di efficienza ed efficacia della stazione appaltante - basti pensare agli errori e alle contraddizioni presenti nella *lex specialis* di gara - che dal punto di vista della trasparenza ed imparzialità, dal momento che il procedimento algoritmico permette di superare le asimmetrie informative della stazione appaltante, e il responsabile del procedimento è sottratto alla tensione degli interessi degli aspiranti aggiudicatari che sovente condizionano proprio la fase preliminare della procedura di selezione.

Un altro ambito di pronta applicazione del procedimento automatizzato, certamente meno innovativo e già ampiamente sperimentato, sebbene in forme e metodi "artigianali", riguarda l'esclusione dei concorrenti, per assenza dei requisiti stabiliti dal bando ovvero per anomalia dell'offerta presentata come nel caso deciso dal Tribunale amministrativo per l'Emilia Romagna, sez. I, con sentenza n. 765/2019.

È nei contratti di lavori pubblici che negli ultimi anni abbiamo assistito ad innovazioni significative che armonizzano tutte le fasi del procedimento, dalla progettazione all'esecuzione dei lavori, vero *vulnus* su cui frequentemente si insinuano le insidie principali di questa tipologia di contratti, si pensi alle riserve e alle varianti molto spesso determinate da una progettazione incompleta o farraginoso che non restituisce lo stato di fatto della nuova opera o di quella su cui si va ad intervenire. In questo contesto, la progettazione, realizzazione e gestione delle opere pubbliche attraverso la modellizzazione dei dati (BIM) permette di avere una rappresentazione della "vita" dell'infrastruttura *ex ante*, e soprattutto standardizzata rispetto a tutte le sue componenti strutturali, impiantistiche e di sicurezza. Il progetto di una infrastruttura, come noto, comprende opere stradali, strutturali, idrauliche, impiantistiche e opere di mitigazione ambientale. In un progetto BIM, ciò si traduce nella gestione di modelli federati il cui numero può essere nell'ordine delle decine o centinaia di modelli successivamente aggregati in un unico modello. I modelli BIM vengono aggiornati in tempo reale e resi consultabili secondo una frequenza concordata con la Stazione Appaltante. Il *Model Checking* è la metodologia attraverso la quale è possibile verificare e validare i progetti durante tutte le fasi del processo e si compone di tre attività che seguono la regola algoritmica. La pre-validazione (*Pre-check validation*) rappresenta l'insieme delle regole preventive sul modello, eseguite mediante un set di regole parametriche, analisi logiche e semantiche, che ne validano

---

<sup>48</sup> Diffusamente sul punto si v. G. Baj, D. Fuschi, F.C. Rampulla, A. Venturi, *Modelli sanitari e Value Based Health Care System. I possibili sviluppi nell'ordinamento italiano*, Roma, 2019.

il livello di qualità e coerenza interna. Il controllo delle interferenze (*Clash Detection*) geometriche e dimensionali classificato per ordine di complessità rispetto alle interferenze rilevate. Infine, il *Code Checking* attraverso il quale si valida il modello comparando i parametri rispetto a normative e codici di riferimento; le informazioni contenute in norme e regolamenti sono tradotte in regole parametriche attraverso il supporto di un sistema semantico di lettura e interpretazione.

Il piano di gestione delle informazioni (PGI) rappresenta l'elemento contrattuale fondamentale, da adottare in sede di bando di gara, in cui rappresentare l'insieme delle informazioni che devono essere restituite alla stazione appaltante sulla piattaforma digitale interoperabile dalle imprese concorrenti. La sua completezza informativa – quale risultante dall'applicazione della regola algoritmica - è il presupposto della corretta selezione del contraente e rappresenta la base informativa su cui verificare l'esecuzione del contratto<sup>49</sup>.

Da ultimo, secondo una scala crescente di complessità, si considerino le opportunità offerte dal procedimento algoritmico nell'ambito dei contratti per l'acquisto di beni e servizi in determinati settori strategici, come per esempio la sanità e l'ambiente, dove la componente del valore assume carattere prevalente rispetto al bene o servizio in sé. In ambito sanitario, per esempio, il dibattito sugli acquisiti da alcuni anni ruota attorno alla teoria della Value Based Healthcare<sup>50</sup>. Semplificando al massimo si tratta di capire se l'amministrazione sanitaria che acquista farmaci e dispositivi biomedicali per garantire le cure e il diritto alla salute possa condividere con l'azienda fornitrice un obiettivo di qualità (valore) da misurare nel tempo, in termini per esempio di mortalità sopraggiunta, ripetizione dell'intervento chirurgico, durata del dispositivo, efficacia del farmaco in termini di riduzione della mortalità, degli effetti collaterali, etc...

Si tratta in altre parole di mutuare nelle procedure di acquisto, sistemi di valutazione complessi, che partono da indicatori prestabiliti, e che guidano l'intera fase contrattuale, anche successiva alla conclusione della fornitura per quanto attiene al pagamento del premio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Misurare

---

<sup>49</sup> Così F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, 28/08/2018, p.5.

<sup>50</sup> Relazione tenuta dall'Autore in occasione del Convegno on line del 9 novembre 2020, organizzato dai Professori Sandro De Gotzen e Giulia Milo (dell'Università degli Studi di Trieste) sul, sensibile, tema inerente a "La nuova riforma dell'attività amministrativa. Le modifiche alla Legge 241/1990 apportate con Legge dell'11 settembre 2020 e le recenti novità in materia di contratti pubblici".

L'*outcome* nelle procedure di acquisto in sanità presuppone un procedimento algoritmico complesso capace di gestire simultaneamente una pluralità di dati clinici, dati tecnici del prodotto (sia esso dispositivo o farmaco) e esiti sanitari, che, sapientemente combinati insieme e simultaneamente comparati con altri dati "storicizzati" permettono una valutazione dell'esito clinico e il conseguente diritto a pagare o meno la differenza di prezzo rispetto a quello posto a base della procedura di selezione del contraente.

## **8. Decisione amministrativa ottimale e garanzie irrinunciabili, anche in sede giurisdizionale.**

L'impiego del procedimento algoritmico per assumere decisioni amministrative rappresenta un indubbio vantaggio per la pubblica amministrazione. Per le ragioni più sopra esposte e, in estrema sintesi, perché consente di ridurre i tempi e gli errori tipici della fase istruttoria e aumenta esponenzialmente l'autonomia e la base di conoscenza a partire dalla quale poter assumere le decisioni.

La conoscenza algoritmica favorisce l'assunzione di decisioni amministrative ottimali, perché permettono di bilanciare la pluralità degli interessi storicizzati (pubblici e privati), ma anche di quelli futuri, destinati ad interferire sull'impatto della decisione amministrativa nel tempo. La cultura e la conoscenza prodotte dall'algoritmo richiedono ancora di essere problematizzati, sotto molteplici punti di vista e *in primis* etico e filosofico, ma anche del diritto. E come sempre, la spinta dell'innovazione non attende che si sia esaurita, nè mai lo sarà, la riflessione teorica.

Conviviamo quotidianamente con queste macchine culturali, nell'inconsapevolezza dei più, e la pubblica amministrazione può solo decidere se subire questa nuova forma di conoscenza o impiegarla nell'interesse esclusivo delle persone e della comunità, senza rinunciare ad alcune garanzie essenziali.

Una decisione amministrativa che si avvicini il più possibile alla decisione ottimale deve prevedere innanzitutto garanzie procedurali, nei termini secondo cui le risultanze del procedimento algoritmico sono propriamente elementi di fatto che concorrono alla completezza del quadro istruttoria sulla base del quale è possibile assumere la decisione. Devono altresì essere assicurate garanzie di trasparenza, sul corretto funzionamento dell'algoritmo e sui dati che vengono distillati, e

l'imparzialità del suo utilizzo.

Fondamentale importanza rivestono poi le garanzie organizzative, soprattutto in termini di attribuzione del potere a soggetti definiti e qualificati in termini di competenze e "dominio" della tecnologia, nei termini più sopra chiariti.

Uno spazio deve essere infine riservato alle garanzie giurisdizionali, assicurando una sindacabilità sulle finalità, l'appropriatezza e la proporzionalità nell'utilizzo del procedimento algoritmico, senza tuttavia incorrere nel rischio, autorevolmente paventato, di modificare il rapporto tra pubblica amministrazione e giudice "a tutto vantaggio di quest'ultimo nella valutazione della correttezza delle relazioni intersoggettive tra cittadino e potere pubblico"<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Per riflessioni generali sull'attività consultiva appare utile rinviare, *ex multis*, in dottrina a P. CORSO, *La funzione consultiva*, Padova, Cedam, 1942; F. FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1944; P. CAMPILLI, *La funzione consultiva nella politica economica del moderno stato democratico*, Roma, Sigap, 1962; V. CAIANIELLO, *L'attività consultiva nei confronti della funzione amministrativa*, Roma, Edizioni della Nuova antologia, 1968; F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, Giuffrè, 1974; G. GHETTI, *La consulenza amministrativa*, Padova, Cedam, 1974; V. PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della Legge 15 maggio 1997, n. 127*, Milano, Giuffrè, 1998; C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002; M. DELLA MORTE, *La garanzia della funzione consultiva nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 2004; V. PARISIO, *Celerità, qualità dell'azione amministrativa e mancato svolgimento della funzione consultiva*, in *Diritto e società*, n. 4/2004, pp. 529-548; A. GHIRIBELLI, *L'attività consultiva della pubblica Amministrazione dopo la legge n. 69/2009*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 17/2009, pp. 1944-1947; L. TORCHIA, *Funzione consultiva e cultura amministrativa: un bilancio di fine legislatura*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2018, pp. 129-130; M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2019, pp. 27-62.

## GLI EFFETTI DELLE MODIFICHE SULLA DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ CONSULTIVA NELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO\*.

**Antonio Mitrotti**

**ABSTRACT** [ITA]: Più volte l'articolo 16 della legge sul procedimento amministrativo è stato oggetto di modifiche, sino ad arrivare all'ultimo, recentissimo, intervento di ritocco che, per vero, si inserisce nell'alveo di un più ampio disegno di riforma della Legge 241/1990; dichiaratamente ispirato al "principio di semplificazione". Dal che ci si propone di ricostruire sinteticamente la *ratio* sottesa alla disposizione contemplata dall'art. 16 della L. 241/1990: per poter giungere a focalizzare gli effetti reali delle intervenute modifiche sulla disciplina dell'attività consultiva nella legge sul procedimento amministrativo.

**ABSTRACT** [ENG]: *Several times article 16 of the law on administrative procedure has been subject to changes, up to the very recent retouching intervention which, indeed, is part of a broader draft reform of Law 241/1990; openly inspired by the "principle of simplification". From which we propose to synthetically reconstruct the rationale underlying the provision contemplated by art. 16 of Law 241/1990: in order to be able to focus on the real effects of the changes that have occurred on the regulation of the consultative activity in the law on administrative procedure.*

**SOMMARIO:** **1.** Una sintetica introduzione al tema; - **2.** Riflessioni sugli effetti delle recenti modifiche all'art. 16 della Legge 241/1990; - **3.** Brevi considerazioni conclusive (*de iure condendo*).

---

\* Sul criterio (evoluto) d'interpretazione storico-normativa delle disposizioni legislative può rinviarsi - *ex plurimis* - in dottrina ad E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 112 ss.; A. D'ATENA, *Legge regionale (e provinciale)*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 971 ss.; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983 (ristampa), p. 120 ss.; A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2003, pp. 15-24; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010, pp. 145-146.

## 1. Una sintetica introduzione al tema.

In relazione alla sensibile tematica afferente alle recentissime modifiche legislative intervenute sull'articolo 16 della Legge del 7 agosto 1990, n. 241 appare - preliminarmente - utile proporre un'analisi che aspiri a fotografare i passaggi, gli stadi evolutivi<sup>1</sup> della disciplina contemplata, attualmente, dalla disposizione oggetto di esame.

È agevole, infatti, ripercorrere gli sviluppi di una evoluzione della disciplina dell'articolo 16 della Legge 241/1990: divisibile, sostanzialmente, in 3 stadi.

Il primo stadio attiene allo stato del testo originario dell'articolo 16.

Il secondo stadio evolutivo, invece, riguarda l'articolo 16 risultante dalle modifiche apprestate dal legislatore del 2009 e segnatamente dalla Legge del 18 giugno 2009, n. 69.

Il terzo ed ultimo stadio attiene - poi - alla attuale disciplina contemplata dalla disposizione di cui all'articolo 16, così come derivante dalla modifica introdotta dall'articolo 12, comma 1, lett. f, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76; decreto da ultimo convertito con Legge 11 settembre 2020, n. 120.

D'altra parte è, in generale, inconfutabile che la *ratio* di una disposizione più volte modificata nel tempo possa effettivamente cogliersi soltanto ricorrendo al canone (evolutivo) di interpretazione storico-normativa della stessa disposizione<sup>2</sup>, nonché, oltre tutto, ricostruendo la "vita" della norma discendente dalla relativa interpretazione ed applicazione procedimentale e (per i casi patologici) processuale<sup>3</sup>. Ebbene, il testo originario dell'articolo 16 non contemplava affatto la distinzione tra pareri facoltativi e pareri obbligatori.

La disposizione originaria, infatti, era unicamente protesa nell'ottica di evitare una *impasse* dovuta all'inerzia degli organi consultivi.

Dal che l'originaria disposizione prescriveva esattamente che «*ove debba essere obbligatoriamente sentito un organo consultivo questo deve emettere il proprio parere entro il termine prefissato da disposizioni di legge o di regolamento o in mancanza [così detto termine residuale] non oltre novanta giorni dal ricevimento della richiesta. In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito*

<sup>1</sup> *Ex multis*, A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011; P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, Milano, Franco Angeli, 2015.

<sup>2</sup> V. PARISIO, *Celerità, qualità dell'azione amministrativa e mancato svolgimento della funzione consultiva*, in *Diritto e società*, n. 4/2004, p. 536 ss.

<sup>3</sup> Per un commento in senso critico si legga R. FERRARA, *Le 'complicazioni' della semplificazione amministrativa: verso un'Amministrazione senza qualità?* in *Il Diritto processuale amministrativo*, n. 2/1999, pp. 323-380.

*abbia rappresentato esigenze istruttorie è in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere».*

Oltre tutto qualora l'organo consultivo avesse rappresentato all'amministrazione attiva procedente delle, non infrequenti, esigenze istruttorie ovvero (si badi) l'impossibilità, dovuta "alla natura dell'affare", di rispettare il termine, quest'ultimo sarebbe (serenamente) ricominciato a decorrere (per ulteriori 90 giorni), per una sola volta, dalla ricezione da parte dell'organo consultivo delle notizie o documenti richiesti.

In ogni caso rimaneva senz'altro ferma l'assoluta inapplicabilità della richiamata disciplina per l'ipotesi di pareri rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili": ossia alla tutela ambientale, paesaggistico - territoriale ed alla tutela della salute dei cittadini.

Per procedimenti aventi ad oggetto attività consultive inerenti ad interessi sensibili, infatti, l'amministrazione attiva, procedente, non aveva alcuna facoltà di procedere in caso di parere consultivo tardivo. All'opposto: avrebbe in ogni caso dovuto attendere quel parere.

Senonché fuori dai procedimenti che coinvolgessero pareri di amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili" la Pubblica Amministrazione attiva aveva sempre "facoltà di procedere" in caso di parere obbligatorio tardivo. Il che ad ogni modo ingenerava l'esercizio di una discrezionalità amministrativa piuttosto pericolosa da parte dell'amministrazione procedente. Tant'è vero che sia nel caso in cui l'amministrazione avesse deciso di procedere indipendentemente dal parere obbligatorio tardivo che, all'opposto, per il distinto caso in cui avesse valutato di attendere il relativo parere si sarebbe trattato, pur sempre, di una decisione passibile di impugnazione da parte dei destinatari del provvedimento finale. Il che per ovvie ragioni.

Sull'amministrazione incombeva il dovere di adeguatamente motivare sia la decisione per cui non si fosse voluto attendere il parere obbligatorio tardivo che, antitetivamente, la diversa decisione ispirata a non voler privarsi del parere obbligatorio, sebbene tardivo, anche a costo di determinare un prolungamento dei tempi procedurali.

Del resto (*ex parte civis*) dal lato del cittadino destinatario del provvedimento finale si sarebbe trattato, pur sempre, di una decisione dagli effetti diretti ed immediati.

Non essendo escluso, sul punto, che il destinatario del provvedimento finale potesse aggredire tanto la scelta dell'amministrazione di voler attendere il parere tardivo (tramite un'azione avverso il silenzio-inadempimento dell'organo consultivo<sup>4</sup>) quanto la (diversa) decisione della P.A. procedente di non ritenere

---

<sup>4</sup> *Ex plurimis*, A. GHIRIBELLI, *L'attività consultiva della pubblica Amministrazione dopo la legge n. 69/2009*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 17/2009, pp. 1944-1947.

opportuno attendere il parere obbligatorio tardivo: in tal caso però il destinatario del provvedimento finale avrebbe, pur sempre, potuto, legittimamente, vantare l'interesse a che l'attività istruttoria fosse la più completa possibile, lamentando, per l'esattezza, un vizio sintomatico di eccesso di potere corrispondente alla carenza, per quella precisa fattispecie procedimentale, di una "imprescindibile" fase consultiva che garantisse - sostanzialmente - una migliore (e maggiore) valutazione delle risultanze istruttorie.

Palese, insomma, come in relazione ai pareri obbligatori tardivi la riposta facoltà in capo all'amministrazione attiva di "scegliere" se procedere oppure no dinanzi alla tardività del parere fosse, di fatto, divenuta un'arma a doppio taglio.

A tutto questo si aggiungeva, come anticipato, il fatto che la versione originaria dell'articolo 16 non contemplasse la possibilità di pareri facoltativi.

Per il vero la possibilità che le Amministrazioni attive procedenti potessero avvalersi di pareri facoltativi di organi consultivi era desumibile da una serena lettura dell'articolo 1 della Legge 241/1990.

Se infatti l'Amministrazione Pubblica (*ex art.* 1, comma 1, della Legge 241/1990) persegue i fini indicati dalla legge secondo i (celebri) principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza nonché pubblicità e se (parallelamente) il procedimento non può (*ex art.* 1, comma 2, della summenzionata Legge) essere aggravato se non per "straordinarie e motivate esigenze" imposte dall'istruttoria, non si vedeva il perché un'amministrazione procedente non potesse valutare motivatamente l'utilità oggettiva di un parere facoltativo strumentale alla qualità del provvedimento finale.

Anche in questo caso, tuttavia, si sarebbe - comunque - trattato di una decisione amministrativa facilmente esposta ad impugnazioni dei destinatari del provvedimento finale: interessati ad ottenere il tempestivo provvedimento.

In un simile scenario (contraddistinto da notevoli e palpabili difficoltà sia per le Pubbliche Amministrazioni che per i destinatari dei provvedimenti finali) sono andate ad inserirsi, e susseguirsi, le modifiche introdotte prima dalla Legge 127/1997<sup>5</sup> (così detta "Legge Bassanini") e poi, specialmente, dalla Legge 69/2009<sup>6</sup>. È sembrato, tuttavia, che la *ratio* dell'intervento legislativo del 2009 non fosse (come nel 1990)

---

<sup>5</sup> *Ex multis*, S. CASSESE, *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2001, pp. 5-12; C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 16 ss. Più di recente si leggano altresì M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2019, p. 29 ss.

<sup>6</sup> In tal senso già prima della riforma del 2020 si era brillantemente espressa l'interpretazione di M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2019, pp. 27-62.

unicamente circoscritta ad evitare, in estrema sintesi, *impasse* procedurali per il caso di ritardo nel rilascio dei pareri.

Piuttosto, le modifiche apportate all'articolo 16 della Legge 241/1990 da parte del legislatore del 2009 apparivano estensivamente protese al massimo contenimento dei tempi procedurali.

Due, in particolare, le argomentazioni in tal senso.

Da un lato l'intervento riformatore del 2009 si connotava, infatti, per una drastica riduzione dei termini del *sub*-procedimento consultivo: il termine generale passava da 90 a 20 giorni; il termine 'speciale' previsto per il caso di manifestazione di esigenze istruttorie, per di più, da 90 a 15 giorni.

Dall'altro lato, quale secondo elemento sintomatico di una *ratio* ispirata al contenimento dei tempi, la riforma del 2009 oltre a "riconoscere" la possibilità di pareri facoltativi ne ha unitamente affiancato l'istituto del così detto "accantonamento"; istituto introdotto anche come peculiare risposta alle difficoltà connesse alla facoltà dell'amministrazione attiva di scegliere se procedere o meno in caso di pareri tardivi.

Oltre tutto l'inserimento dell'istituto di "accantonamento dei pareri facoltativi tardivi" ha dato modo, nel tempo, di riflettere, attentamente, sulle differenze sottese alla natura del *sub* procedimento consultivo per il caso di pareri obbligatori, da un lato, e per il differente caso di pareri facoltativi, dall'altro lato.

A ben riflettere, infatti, per i "pareri facoltativi" la 'Pubblica Amministrazione attiva', procedente, avrebbe esercitato a monte del *sub* procedimento consultivo una discrezionalità circa l'*an* del parere: compiendo una valutazione di sintesi tra il divieto di aggravamento del procedimento, salvo il caso di straordinarie e motivate esigenze, ed i principi di buon andamento, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Per i "pareri obbligatori" la 'Pubblica Amministrazione attiva', procedente, avrebbe, invece, esercitato a valle dei termini di conclusione del *sub* procedimento consultivo una discrezionalità circa il *quomodo* dell'intero procedimento, decidendo per il caso di ritardo del parere obbligatorio se: a) procedere senza l'acquisizione del parere tardivo (esponendosi, però, alle potenziali impugnazioni dei destinatari del provvedimento finale interessati alla completezza dell'istruttoria); b) oppure non procedere in assenza del parere obbligatorio tardivo ed attenderlo per la maggiore completezza dell'istruttoria procedimentale (sebbene, in tal caso, non sarebbero state, affatto, da escludersi delle azioni avverso il "silenzio inadempimento dell'organo consultivo" da parte dei destinatari del provvedimento finale).

Il pericolo di una discrezionalità illegittimamente esercitata da parte degli organi di amministrazione attiva facoltizzati a decidere il *quomodo* del procedimento per il caso di "pareri obbligatori tardivi" e le connesse lungaggini legate a potenziali

impugnazioni ed ai fisiologici tempi della giustizia amministrativa hanno, così, condotto il recentissimo legislatore (con D.L. 16 luglio 2020, n. 76; convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120) ad estendere l'istituto dell'accantonamento a tutti i pareri tardivi.

Oggi infatti per tutti i pareri tardivi (anche per i pareri obbligatori tardivi e non più solo per quelli facoltativi tardivi) l'amministrazione richiedente "deve procedere" indipendentemente dall'espressione del parere.

Per il vero l'articolo 16 della Legge 241/1990 (rubricato "attività consultiva" sin dal 2005, ma sul punto autorevole e condivisibile dottrina riterrebbe che l'attività consultiva non sia affatto esauribile all'articolo 16<sup>7</sup>) è rimasto intatto al suo primo comma: laddove vi è, per l'appunto, la distinzione (risalente alle modifiche del 2009) tra pareri obbligatori e pareri facoltativi.

Mentre al secondo comma l'articolo 16 ha subito una radicale modifica: che ha segnatamente esteso il regime di "accantonamento" dei pareri tardivi anche ai pareri obbligatori.

## **2. Riflessioni sugli effetti delle recenti modifiche all'art. 16 della Legge 241/1990.**

Quali sono gli effetti delle modifiche intervenute al secondo comma dell'articolo 16 della Legge 241/1990?

Da un lato si è sostanzialmente eliminata la (talvolta pericolosa) discrezionalità dell'amministrazione attiva di valutare se attendere oppure no il parere obbligatorio tardivo.

Dall'altro lato appare inevitabile che si sia contestualmente messa ai margini l'effettiva rilevanza "dell'attività consultiva" quale basilare fase ausiliaria rispetto alla valutazione delle risultanze istruttorie del procedimento, tale da concorrere cioè ad una potenziale forma di neutralizzazione della strumentalità dell'attività consultiva nei riguardi dell'essenziale buon andamento dell'azione amministrativa: il tutto in nome - per intendersi - di una decisione tempestiva piuttosto che di una decisione buona o di qualità<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Il Diritto dell'economia*, Editoriale, n. 2/2020.

<sup>8</sup> *Ex plurimis*, G. PATRONI GRIFFI, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge 241/1990*, in *Corriere giuridico*, n. 3/2011, pp. 301-309; G. PELLEGRINO - A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Roma, Carrocci Editore, 2014; G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2014, pp. 695-724; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *GiustAmm.*, n. 5/2016; G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *Gazzetta Amministrativa*, n. 1/2017, pp. 1-16; D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/2017, pp. 779-

Tanto che non si esagererebbe affatto nel dire che dopo le modifiche del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (e la sua, nota, Legge di conversione, L. 11 settembre 2020, n. 120) l'attività consultiva (intesa come attività finalizzata a fornire elementi, valutazioni e giudizi su questioni connesse alle decisioni finali adottate da altri organi od enti di amministrazione attiva) ne sia uscita, tangibilmente, con le ossa rotte.

Del resto la *ratio* della recente riforma è chiaramente ispirata a realizzare un acceleramento della conclusione del procedimento: con assoluta buona pace della strumentalità dell'attività consultiva rispetto alla qualità dei provvedimenti amministrativi finali.

In altri termini, la *ratio* del novellato articolo 16 della Legge 241/1990 - nonché più in generale la *ratio* della riforma introdotta definitivamente con Legge 11 settembre 2020, n. 120<sup>9</sup> - è improntata alla massima importanza della "dimensione economica" del diritto amministrativo<sup>10</sup>, secondo una (assai pregnante) sensibilità che ha - energicamente - condotto (se non costretto) a valorizzare al massimo grado l'accelerazione dei procedimenti, in nome del fattore tempo.

---

830; S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, Pacini Giuridica, 2018, pp. 65-68; L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Federalismi.it*, n. 1/2019, p. 19; G. F. FERRARI, *I costi del non fare*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 148-168; M. CLARICH, *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 169-182.

<sup>9</sup> Si deve far presente come la Corte costituzionale abbia chiaramente stigmatizzato «la palese inadeguatezza dello strumento del decreto-legge a realizzare una riforma organica e di sistema» C. cost., sent. 19 luglio 2013, n. 220, par. 12 del Considerato in Diritto. Per degli utili commenti in dottrina si confrontino, *ex multis*, R. DICKMANN, *La Corte costituzionale si pronuncia sul modo d'uso del decreto-legge*, in *Consulta online*, Sezione Studi e Commenti, 2013; G. DI COSIMO, *Come non si deve usare il decreto legge*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2014. Per un'analisi generale del tema appare utile rimandare a F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2015, pp. 125-145; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, pp. 390-403.

<sup>10</sup> La letteratura scientifica maturata sin qui in relazione all'emergenza sanitaria è così copiosa da non poter essere richiamata con esaustività, se soltanto si ponesse mente ai numerosissimi profili che il Covid-19 è stato capace di coinvolgere (*rectius* travolgere); ciò posto, senza alcuna pretesa di completezza, sia consentito il rinvio sul piano di un'analisi sistematica delle fonti del diritto dell'ordinamento nell'emergenza sanitaria a L. A. MAZZAROLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di unparlamentarismo 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 tacere d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; A. SANDULLI, *Le relazioni fra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2020, pp. 405-420; 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; N. PICCOZZI, *Una nota (ragionata) alla sentenza del TAR Calabria n. 841/2020: rapporti tra Stato e Regioni in tempo di Covid-19*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 1/2020; A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 3/2020; G. P. DOLSO, *Libertà di circolazione ed emergenza sanitaria*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2020; G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: i D.P.C.M.*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2020; G. FALCON, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, pp. 453-456.

In tal senso possono leggersi anche le modifiche intervenute (*ex parte principis*) agli articoli 2 (comma 4-bis ed 8-bis) e 17-bis (comma 1 e 2), nonché (*ex parte civis*) all'articolo 1, comma 2-bis, della Legge 241/1990.

Oltre tutto la (spinta) *ratio* di una aspirazione - piuttosto frettolosa e non sempre del tutto consapevole sul piano sistematico - all'accelerazione dei tempi del procedimento può evincersi, chiaramente, dall'uso della fonte del Decreto Legge: fonte non idonea - per lo meno non opportuna - per riforme ad ampio respiro<sup>11</sup>, come quella di recente intervenuta sulla Legge 241/1990 (laddove, cioè, la ponderazione e la "riflessione sistematica" che dovrebbero - ontologicamente - porsi come "essenziali elementi" a monte di una, ragionata, disciplina di riforma stridono, di per sé, e mal si attagliano con "casi straordinari di necessità e d'urgenza"; quali tipici presupposti costituzionali del Decreto Legge).

### 3. Brevi considerazioni conclusive (*de iure condendo*).

Un'ultima riflessione: ad onta della riforma è rimasta assolutamente identica la disciplina dei pareri rilasciati dalle amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili", tra cui per l'emergenza epidemiologica del momento spicca - assai impetuosamente - la tutela della salute dei cittadini.

Senonché in caso di attività consultiva inerente ad "interessi sensibili" l'amministrazione attiva, procedente, non può né deve procedere per l'ipotesi in cui tardasse il parere: all'opposto deve necessariamente attenderlo.

Forse in (emergenziale) tempo di Covid-19<sup>12</sup> ci si sarebbe, davvero, aspettati (al netto dei consueti *slogan* politici) un intervento su questo punto<sup>13</sup>.

Anche perché i "pareri di amministrazioni preposte alla tutela della salute" sono, pur sempre, qualcosa di ben diverso (si badi) dalla, preventiva, acquisizione di valutazioni tecniche da parte di organi od enti (tecnici) preposti alla tutela fondamentale della salute.

<sup>11</sup> Non si ignorano affatto, naturalmente, le grosse (grossissime) difficoltà nel realizzare il principio di semplificazione - principio, di per sé, astrattamente ambiguo - in materia di "interessi sensibili", nonché specialmente in materia di "tutela della salute"; sul punto si rimanda *ex plurimis* in dottrina agli approfondimenti in C. VIDETTA (a cura di), *Tutela della salute e semplificazione. Una riflessione a più voci*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

<sup>12</sup> Per puntuali approfondimenti relativi alla nozione delle "valutazioni tecniche" si rimanda a C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; M. ASPRONE - M. MARASCA - A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2009.

<sup>13</sup> Sul punto si rimanda all'approfondita disamina in M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2019, p. 49 ss.

Il che si traduce nel rilevante elemento per cui le valutazioni tecniche si pongono, come è noto, all'interno dell'istruttoria procedimentale e ne costituiscono parte necessaria ed integrante, mentre - piuttosto - l'attività consultiva si inserisce come fase *sub* procedimentale immediatamente successiva alla fase istruttoria<sup>14</sup>.

La fase istruttoria deve, infatti, essere assolutamente completa affinché l'amministrazione procedente possa richiedere un parere (obbligatorio o facoltativo che sia) all'organo consultivo. Se così non fosse l'organo consultivo potrebbe legittimamente rifiutarsi di rendere il parere ad istruttoria non ancora conclusa<sup>15</sup>.

Eppure sul (più o meno discutibile) presupposto che le valutazioni tecniche abbiano non soltanto una valenza meramente istruttoria ma anche, in qualche caso, una valenza "co-decisoria" si ritiene (per parte autorevole della dottrina ed anche della stessa giurisprudenza amministrativa<sup>16</sup>) che le valutazioni tecniche (*ex articolo* 17 della Legge 241/1990) di amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili" possano, benissimo, essere "assorbite" dagli atti di, così detto, silenzio assenso ("orizzontale") di cui all'articolo 17 bis: un istituto che - è assai noto - si applica anche ai casi di acquisizione di assensi, concerti, nulla osta (o comunque denominati) di amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili".

Sicché, a ben riflettere, se la "semplificazione amministrativa" è - comunque - in grado di operare già dal 2015 (ossia dalla nota riforma "Madia"<sup>17</sup>) per fattispecie di valutazioni tecniche prodotte da amministrazioni preposte alla tutela d'interessi sensibili non si vede ragionevolmente il perché il legislatore di semplificazione del 2020 non sia incisivamente intervenuto (anche) per i pareri rilasciati dalle

---

<sup>14</sup> P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme della legge n. 124 del 2015*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3/2016, p. 58 ss.; L. B. MOLINARO, *Il silenzio assenso "orizzontale" della Soprintendenza nel procedimento "pluriistrutturato" di accertamento di compatibilità paesaggistica dopo la legge Madia*, in *Filodiritto.com*, 17 giugno 2019; P. MINETTI, *Silenzio-Assenso orizzontale e accertamento di compatibilità paesaggistica*, in *L'ufficio tecnico*, n. 1/2020; E. SCATOLA, *Procedura di riequilibrio e silenzio amministrativo*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, n. 1/2020, p. 231 ss. Più in generale, sull'importanza della "predeterminazione" dell'azione amministrativa si legga, già, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

<sup>15</sup> L'art. 17 bis della Legge 241/1990 è stato, per l'esattezza, introdotto dall'art. 3 della Legge 7 agosto 2015, n. 124.

<sup>16</sup> Il che nella misura in cui la disposizione di cui all'art. 17 bis della Legge 241/1990 esprime un ambito di applicazione che è precisamente destinato a realizzarsi in relazione a procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata: e dunque anche nei casi in cui l'atto da acquisire abbia, al di là del *nomen iuris* riconducibile alla fase istruttoria, una "natura" co-decisoria.

<sup>17</sup> *Ex plurimis*, G. ARENA, *Semplificare: un processo complicato*, in *Semplificazione Amministrativa e Cittadini. La soddisfazione, le attese, le proposte* (FORMEZ, Ufficio Stampa ed Editoria), Roma, Edigraf, 2007, pp. 7-17; R. SPASIANO, *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2009, pp. 75-86; G. ARENA, *L'implementazione della semplificazione amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2012. Sul piano della filosofia del diritto può risultare molto utile rimandare a N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004, p. 81 ss.

amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e (soprattutto) alla tutela della salute dei cittadini.

Tanto più alla luce dell'evidente fatto che l'attività consultiva si pone ben al di fuori della fase istruttoria e - soprattutto - ne presuppone la completezza della stessa fase istruttoria.

Sicché se la riformatrice disciplina legislativa della semplificazione è sinora riuscita a penetrare (di fatto) nell'essenziale fase istruttoria<sup>18</sup> non si comprende il ragionevole perché con le recenti modifiche del 2020 l'attività consultiva (di per sé fase, squisitamente, ausiliaria e strumentale) ne sia rimasta indenne (e schiava di un'assenza di alcuna semplificazione).

Al netto di tutto ciò non può (e non deve) sottacersi un ulteriore - assai pregnante - elemento, di significativo svilimento stesso dell'attività consultiva esercitata dalle amministrazioni preposte alla tutela dei così detti "interessi sensibili". Non si può infatti dubitare del palpabile fatto che le amministrazioni attive, procedenti, per evitare uno stallo derivante dai "pareri tardivi su interessi sensibili" possano - senz'altro - avere forte vantaggio ad indire una Conferenza di Servizi decisoria asincrona (che - *ex art.* 14, c. 2, Legge 241/1990 - ha tra i suoi presupposti proprio la subordinata acquisizione di pareri per le conclusioni positive del procedimento): in cui è ben noto che il silenzio delle P.A. preposte alla tutela degli "interessi sensibili" (quand'anche organi consultivi) abbia un effetto devolutivo.

Il che con un chiaro aggiramento del "potere di veto" di cui è titolare l'amministrazione consultiva in materia di interessi pubblici sensibili (*ex art.* 16, c. 3, Legge 241/1990).

Emerge, dunque, con un'assoluta chiarezza, e più di qualche perplessità, l'irragionevolezza della disciplina del legislatore per aver continuato a mantenere estranei ai (numerosi) processi di semplificazione della legge sul procedimento amministrativo il solo articolo 16, comma 3, in presenza di interessi sensibili.

Il che emerge soprattutto nell'ambito del recentissimo contesto riformatore prodotto dal D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con Legge 11 settembre 2020, n. 120), che si è, appunto, contraddistinto profondamente per aver inciso sull'apparato sistematico della legge sul procedimento amministrativo (si registrano 22 modifiche intervenute su 12 articoli) nell'ottica dell'acceleramento (se non di una, netta, decurtazione) del procedimento amministrativo.

La verità, a monte di ogni possibile irragionevolezza, è che, a ben riflettere, semplificazione ed accelerazione dei termini di conclusione del procedimento sono concetti ben distinti, ancorché di fatto sovrapponibili.

---

<sup>18</sup> F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?* in *Nuove Autonomie*, n. 3-4/2008, pp. 335-341.

La semplificazione sottende, infatti, l'azione diretta alla modifica nonché all'alleggerimento del procedimento decisionale. 'Semplificare' - al netto di molteplici sfaccettature, talvolta ambigue, in cui il concetto possa essere declinato - vuol dire, in soldoni, "sciogliere" i nodi della "complessità" di qualcosa<sup>19</sup>.

L'accelerazione dei termini procedurali, piuttosto, comporta *ex se* una mera - e netta - contrazione del procedimento decisionale (laddove, cioè, la dimensione quantitativa del procedimento amministrativo assorbe il piano della "complessità" qualitativa del processo decisionale).

Ma la contrazione senza una vera - e reale - semplificazione (della complessità normativa, organizzativa e funzionale<sup>20</sup>) rischia di pregiudicare - incisivamente - la qualità della decisione pubblica<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> R. FERRARA, *Le 'complicazioni' della semplificazione amministrativa: verso un'Amministrazione senza qualità?*, in *Il Diritto processuale amministrativo*, n. 2/1999, pp. 323-380; V. PARISIO, *Celerità, qualità dell'azione amministrativa e mancato svolgimento della funzione consultiva*, in *Diritto e società*, n. 4/2004, pp. 529-548; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2017, p. 721 ss.; M. OCCHIENA - N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2019, pp. 27-62; P. M. VIPIANA - M. TIMO, *Semplificazioni e liberalizzazioni amministrative da prendere sul serio*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 183-206.

<sup>20</sup> Sul principio del buon andamento della Pubblica Amministrazione esiste una letteratura sterminata, sia qui sufficiente (senza pretesa di esaustività) il richiamo ad A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979; M. GALDI, *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Liguori Editore, 1996; M. SANTINI, *Il buon andamento dell'azione amministrativa tra semplificazione procedimentale ed acquisizione di pareri. Le principali novità introdotte dalla 'riforma Bassanini'*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 1/1999, pp. 119-141; F. TIGANO, *Amministrazione, Costituzione e buon andamento: profili della nuova legalità amministrativa*, Messina, Sicania, 2002; M. DELLA MORTE, *La garanzia della funzione consultiva nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 2004; F. MIDIRI, *Il principio di efficacia tra imparzialità e buon andamento nella legge di riforma del procedimento amministrativo n. 15 del 2005*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 3/2007, pp. 477-519; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale: contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008; S. PIGNATARO, *Il principio costituzionale del buon andamento e la riforma della pubblica amministrazione*, Bari, Cacucci Editore, 2012; A. GIUFFRIDA, *Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, Giappichelli, 2012; F. CORTESE - M. MARCANTONI - R. SALOMONE, *Deontologia e buon andamento della pubblica amministrazione*, Milano, Franco Angeli, 2014; M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, Torino, Giappichelli, 2018; A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2019, pp. 381-412; F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2020, pp. 329-362.

<sup>21</sup> 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. RUGGIERI, "Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in *Politica del Diritto*, n. 2/1993, pp. 183-209; P. M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993; 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 legislative e bilanciamento in concreto: 'giocando con le regole' a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della*

Il che, non si trascuri affatto, a deprecabile detrimento oggettivo del basilare buon andamento della Pubblica Amministrazione<sup>22</sup> (*ex art.* 97 Cost.): la quale sfortunatamente continua ad essere pregiudicata da pressoché sommi "bilanciamenti legislativi"<sup>23</sup> a monte della disciplina contemplata, oggi, per l'attività amministrativa, nonché - per conseguenza - fortemente penalizzata da "sommi bilanciamenti interni" alle stesse decisioni<sup>24</sup> amministrative, ancorché certamente connotate per essere decisioni maggiormente tempestive.

Del resto già Carnelutti, nel 1956, metteva ben in guardia dal fatto che l'obbiettivo della "semplificazione" fosse «*un compito che presenta gravissime difficoltà; ed è inutile cercare di superarle se non si hanno delle idee chiare. Insomma, bisogna sapersi orientare, anzi che procedere a tentoni*»<sup>25</sup>.

In tal senso, prescindendo dai fisiologici margini di errore insiti nella programmazione di un disegno di legge di riforma del procedimento amministrativo (a vocazione "semplificatoria"), non potrebbe mai sottacersi, in fondo, che - al netto dell'imprescindibile indirizzo politico del Governo - «*al momento in cui la "questione amministrativa" emerge nel Paese come una questione centrale per il funzionamento complessivo del suo sistema di governo, anche nella prospettiva della competizione europea ed internazionale, si apre per il giurista il compito di giurista politico (secondo l'indirizzo che più volte Giannini aveva indicato alla nostra scienza), prendendo ad oggetto del suo studio, non solo e non tanto, il diritto amministrativo che c'è, i suoi istituti ormai consolidati e ampiamente elaborati, ma il diritto amministrativo che serve al fine della produzione di*

---

*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. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recedente della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/2018, pp. 716-753.

<sup>22</sup> Appare emblematico rinviare sul punto alle considerazioni sviluppate in S. CASSESE, *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2001, pp. 5-12. Più di recente B. G. MATTARELLA, *Burocrazia «normativa»: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 75-98; F. CORTESE, *La burocrazia «incolpevole». Gli intrecci di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2020, pp. 99-116.

<sup>23</sup> F. CARNELUTTI, *Certeza, autonomia, libertà, diritto: discorso introduttivo ed intervento al Convegno di amici del diritto e dell'economia*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 10/1956, p. 1193.

<sup>24</sup> V. CERULLI IRELLI, *Editoriale. La responsabilità del giuspubblicista. Spunti critici*, in *Federalismi.it*, n. 30/2020, pp. vii - viii.

<sup>25</sup> Sulla complessità che connota l'esistenza umana appare illuminante rinviare a N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004, p. 81 ss. Per un commento generale sui perseguiti obbiettivi di "semplificazione" della recente riforma M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Il Diritto dell'economia*, Editoriale, n. 2/2020; V. CERULLI IRELLI, *Editoriale. La responsabilità del giuspubblicista. Spunti critici*, in *Federalismi.it*, n. 30/2020; G. VESPERINI, *Al decreto semplificazioni manca la semplicità*, in *lavoce.info*, 8 settembre 2020; A. MASSARI, *La conversione del decreto semplificazioni e le questioni aperte*, in *Appalti e Contratti*, n. 9/2020; T. TESSARO, *Del Decreto-Legge n. 76/2020 (c.d. Semplificazioni) convertito in Legge n. 120/2020: ovvero dei "disegni di legge per riparare ossicini fratturati o supposti tali"*, in *Comuni d'Italia*, n. 9-10/2020.

buona amministrazione, modificando ove necessario i suoi istituti, le sue regole, la sua stessa estensione»<sup>26</sup>.

Da qui l'opportunità delle presenti considerazioni conclusive (*de iure condendo*).

Con vivo suggerimento per il futuro legislatore (ordinario) di una modifica, "semplificatoria", del terzo comma di cui all'articolo 16 della Legge 241/1990: specie in relazione alla "effettiva garanzia costituzionale" della fondamentale tutela della salute dei cittadini (*ex art. 32 Cost.*).

Soprattutto se si considerasse la necessità di un superamento (non solo pragmatico ma anche programmatico) del tragico (ed assai "complicato"<sup>27</sup>, per l'appunto) momento di emergenza sanitaria<sup>28</sup>, epidemiologica, che stiamo, pesantemente, vivendo e che - purtroppo - sta continuando ("cronicamente") ad affliggere la vita quotidiana dei cittadini e delle Istituzioni Repubblicane<sup>29</sup>

<sup>26</sup> *Ex multis*, A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2020, pp. 385-403; G. FALCON, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, pp. 453-456.

<sup>27</sup> A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos. Le Attualità nel diritto*, n. 1/2020.

<sup>28</sup> Earth Overshoot Day <https://www.overshootday.org/> Il calcolo del Giorno del sovrasfruttamento terrestre di un singolo Paese, si effettua confrontando l'impronta ecologica dei suoi abitanti e la biocapacità globale, cioè la capacità del Pianeta di rigenerare risorse naturali per ogni suo abitante. L'**impronta ecologica** indica la quantità di superficie terrestre e acquatica biologicamente produttive che servirebbero a un individuo per produrre tutte le risorse che consuma e assorbire i rifiuti o le emissioni che produce (Calcola la tua impronta ecologica: <http://www.footprintcalculator.org/>) e nel bilancio ecologico di una nazione, rappresenta "le spese". Come spiega il Global Footprint Network, organizzazione internazionale no-profit che sviluppa strumenti per promuovere la sostenibilità ambientale e che calcola l'Overshoot Day, l'impronta ecologica "...include le aree biologicamente produttive necessarie a produrre cibo, fibre e legname che la popolazione di quel paese consuma, ad assorbire i materiali di scarto (come le emissioni di CO<sup>2</sup>) prodotti per generare l'energia che un Paese utilizza e a sostenere le infrastrutture che il paese realizza". La **biocapacità** è invece la capacità degli ecosistemi di "...far fronte alle nostre esose richieste e rigenerare le risorse che chiediamo per vivere, mangiare, produrre energia, assorbire i nostri gas inquinanti". Nel bilancio ecologico, rappresenta "le entrate". Come l'impronta ecologica, anche la biocapacità è espressa in ettari globali (gha): si calcola, in pratica, la superficie di pianeta necessaria a fornire tutto ciò che una persona richiede alla natura per il cibo, le fibre e il legno consumati, le aree occupate dalle infrastrutture urbane, le piante necessarie ad assorbire la CO<sup>2</sup> che emettiamo.

<sup>29</sup> Dal *Manuale degli acquisti verdi* del Comune di FERRARA in cui si riconosce che sostenibilità e sviluppo devono procedere insieme:

- sostenibilità come preconditione per la conservazione di uno sviluppo duraturo ricostituendo e sostituendo le risorse delle attuali e future generazioni;
- sviluppo come modo per superare la povertà, amministrando le risorse per affermare, contemporaneamente, equità sociale (all'interno delle singole comunità e nel rapporto tra esse e gli individui), equità interregionale (tra le varie comunità territoriali), equità intergenerazionale (tra le presenti e le future comunità). In questa relazione tra passato, presente e futuro, le culture umane manifestano la loro saggezza di occuparsi della scarsità, della utilizzazione delle risorse, del loro esaurimento e dei bisogni intesi come domanda individuale e collettiva per una migliore condizione di vita. Inoltre, la definizione del principio dello sviluppo sostenibile ha origine nel Diritto internazionale, si deve alla Commissione BRUNDTLAND, istituita nel 1983 dalle Nazioni Unite: «*development which meets the needs of the present generation without compromising the ability of the future generation to meet theirs*»; viene sviluppato nella Conferenza di Rio de Janeiro nel vertice mondiale su «*ambiente e sviluppo*» del 1992 e viene ripreso nello stesso anno a livello comunitario con il Trattato di Maastricht. Oggi è disciplinato dall'art. 2 del Trattato sull'Unione che parla di «*sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche*», dall'art. 3 del Trattato di Lisbona secondo il quale l'Unione «*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». Nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea l'art. 37 stabilisce che «un elevato livello 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».*

# ENTI LOCALI ED ECONOMIA CIRCOLARE

*Local authorities and the circular economy*

**Roberta Cadenazzi**

**ABSTRACT** [ITA]: Nella maggior parte dei Paesi del mondo le istituzioni governative sono ormai orientate verso modelli di sostenibilità ad economia circolare. L'Italia, a livello europeo, è fra gli Stati che occupano le prime posizioni riguardo all'applicazione del modello di Economia Circolare. Probabilmente questa posizione è dovuta non solo ad una volontà governativa centrale ma anche ad un attivismo territoriale di Regioni ed enti locali. La lettura delle concrete modalità di azione degli enti locali, attraverso un approccio sistemico, permette di individuare gli aspetti di un sistema capace di diffondere, a livello territoriale, il modello dell'economia circolare. La conseguente analisi degli aspetti sistemici, delinea le interconnessioni che, in un loop costante e continuo, rendono ragione dell'attivismo degli enti locali e confermano l'Italia quale economia verde ai primi posti nell'Unione Europea.

**ABSTRACT** [ENG]: *In most countries of the world, government institutions are now oriented towards circular economy sustainability models. Italy, at European level, is among the States that occupy the first positions with regard to the application of the Circular Economy model. Probably this position is due not only to a central governmental will but also to a territorial activism of Regions and local authorities. The reading of the concrete modalities of action of the local authorities, through a systemic approach, allows to characterize the aspects of a system able to diffuse, to territorial level, the model of the circular economy. The subsequent analysis of the systemic aspects, outlines the interconnections that, in a constant and continuous loop, make reason for the activism of local authorities and confirm Italy as a green economy at the top in the European Union.*

**Sommario:** **1.** Introduzione; - **2.** La posizione di Regioni ed enti locali verso l'Economia Circolare; - **3.** Iniziative legislative e regolamentari; - **4.** Pianificazioni, programmi e piani strategici; - **5.** L'uso efficiente delle risorse; - **5.1** Approvvigionamento verde; - **5.2** Il CPP - Circular Public Procurement; - **5.3** Risorse ed approccio sistemico; - **6.** L'appalto Pre-commercial Procurement Circular; - **7.** Conclusioni.

## 1. Introduzione.

Il 14 maggio 2020 è stato l'Overshoot Day<sup>1</sup> italiano (Giorno del Sovrasfruttamento delle risorse terrestri). E' il giorno in cui se tutti gli abitanti della terra avessero consumato con lo stile di vita della popolazione italiana si sarebbero esaurite tutte le risorse naturali che la terra genera in un anno. Così gli italiani avrebbero vissuto fino alla fine del 2020 in debito con le risorse naturali attingendo a suolo, foreste, riserve ittiche ed energetiche che gli ecosistemi non riescono a rinnovare facilmente. Nella situazione descritta con l'Overshoot Day viene a mancare l'equilibrio fra le risorse impiegate per far fronte ad uno stile di vita basato su uno sviluppo socio-economico che genera eccessivi consumi e la capacità di rigenerarsi di tali risorse.

Consumiamo più di quanto la terra sia in grado di produrre rischiando di esaurire le risorse senza lasciare nulla alle generazioni future. Perciò è necessario ripristinare il giusto equilibrio fra conservazione e consumi delle risorse per uno sviluppo economico che sia sostenibile<sup>2</sup>. Bisogna agire secondo un criterio di sostenibilità che preveda un'equità intertemporale in cui alle generazioni future vanno garantite condizioni di vita pari alle generazioni presenti.

Attualmente risultano inique le allocazioni di risorse che impoveriscono le

<sup>1</sup> Si veda T. TIETENBERG *Economia dell'Ambiente*, McGraw-Hill, Milano 2006. Per ulteriori approfondimenti si veda anche: K. R. TURNER, *Economia ambientale*, il Mulino, Bologna 2003, I. MUSU, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna 2003, C. CENCI, *Economia Ambiente e sviluppo sostenibile*, Patron, Bologna 2003, J. G. PIERO, *Elementi di economia ambientale per lo sviluppo sostenibile*, Aracne, Roma 2017; G. ROSSI, M. MONTEDURO, *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Giappichelli editore, Torino 2020.

<sup>2</sup> La definizione più nota di Economia circolare si deve alla ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, "è un termine generico per definire un'economia pensata per potersi rigenerare da sola. In un'economia circolare i flussi di materiali sono di due tipi: quelli biologici, in grado di essere reintegrati nella biosfera, e quelli tecnici, destinati ad essere rivalorizzati senza entrare nella biosfera". L'economia circolare è dunque un sistema in cui tutte le attività, a partire dall'estrazione e dalla produzione, sono organizzate in modo che i rifiuti di qualcuno diventino risorse per qualcun altro a differenza dell'economia lineare dove invece, terminato il consumo termina anche il ciclo del prodotto che diventa rifiuto, costringendo la catena economica a riprendere continuamente lo stesso schema: estrazione, produzione, consumo, smaltimento. Riferimento: [www.ellenmacarthurfoundation.org](http://www.ellenmacarthurfoundation.org). A riguardo dell'Economia Circolare si vedano anche: M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare*, Studi di diritto pubblico, Franco Angeli, 2020, P. LACY, J.B RUTQVIST, B. LAMONICA, "Circular economy. dallo spreco al valore", EGEA, 2016, D. BIANCHI (a cura di), *Economia circolare in Italia. La filiera del riciclo asse portante di un'economia senza rifiuti*, Edizioni Ambiente, 2019, I. DE BENEDICTIS, *Economia Circolare: Verso un modello economico ad impatto zero*, Edizioni Accademiche Italiane, 2019, F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Edizioni Università di Macerata, 2019, S. CAPELLI (a cura di) *Verso un'economia realmente circolare – norme, voci, storie*, Associazione comunivirtuosi, Esper, 2019, F. IRALDO, I. BRUSCHI, *Economia circolare Principi Guida e Casi di Studio, Osservatorio sulla Green Economy*, IEF Bocconi, 2016 <https://www.assolombarda.it/servizi/ambiente/documenti/rapporto-geo-sulla-circular-economy>, E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, Rivista giuridica Il diritto dell'economia, n.1/2019, F. DE LEONARDIS, *Economia Circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato Circolare ?*, in Rivista giuridica di Diritto Amministrativo, Giuffrè, n.1/2017, R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, Il Piemonte delle Autonomie, Rivista quadrimestrale di Scienze dell'Amministrazione, n.2/2018.

generazioni future al fine di arricchire le generazioni presenti. La regola di Hartwick<sup>3</sup> mutuata dall'economia ambientale e applicata all'ambiente ci permette di capire meglio. Essa afferma che: il capitale a disposizione della generazione presente può essere visto come lascito consistente in parte in risorse naturali (capitale naturale) ed in parte in capitale fisico (edifici, attrezzature, scuole e via di seguito) e che utilizzare questo capitale in maniera sostenibile significa mantenerne intatto il suo valore. Poiché, fra i due, il capitale naturale si deteriora e si consuma maggiormente ed è impossibile sostituirlo con il capitale fisico, se non con enormi costi, per avere una allocazione delle risorse sostenibile, le risorse naturali vanno conservate. Così, le decisioni politiche ed economiche, per un uso sostenibile delle risorse, dovranno fare riferimento ad un modello economico che soddisfi tale condizione: il modello dell'economia circolare<sup>4</sup>.

Nell'economia circolare l'uso delle risorse viene minimizzato poiché i materiali di cui sono composti i prodotti vengono riutilizzati ed il loro valore si mantiene più a lungo<sup>5</sup>.

Nella maggior parte dei Paesi del mondo le istituzioni governative sono ormai orientate verso modelli di sostenibilità ad economia circolare e si impegnano nella ricerca di modalità di governance e strumenti applicativi finalizzati alla sua realizzazione.

<sup>3</sup> L'economia circolare agisce combinando le seguenti modalità: il ciclo di vita del prodotto, la gerarchia delle 3 R (Ridurre, Riutilizzare, Riciclare) e ed i cicli brevi/chiusi. Di fatto nella progettazione di un prodotto tiene conto dell'impatto che esso genera sull'ambiente in ogni fase del suo ciclo di vita in modo che i materiali di cui è composto il prodotto possano essere ridotti, riutilizzati e riciclati così che a chiusura del ciclo di vita del prodotto lo scarto diventi il materiale di partenza per un processo successivo, in una catena che alla fine ritorna idealmente al punto di partenza e chiude il circolo.

<sup>4</sup> Secondo i dati del Decimo rapporto Greenitaly di Fondazione Symbola e Unioncamere, promosso in collaborazione con Conai, Ecopneus e Novamont, con la partnership di Si.Camera e Ecocerved e con il patrocinio del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, che misura e pesa la forza della green economy nazionale. Mette in luce un sistema imprenditoriale italiano con un record di eco investimenti in cui oltre 432 mila imprese italiane dell'industria e dei servizi con dipendenti hanno investito nel periodo 2015-2018, o prevedevano di farlo entro la fine del 2019, in prodotti e tecnologie green per ridurre l'impatto ambientale, risparmiare energia e contenere le emissioni di CO2. <https://bit.ly/2NDZRkC>. Inoltre il "Rapporto nazionale sull'economia circolare in Italia" 2020 realizzato dal CEN-Circular Economy Network, la rete promossa dalla Fondazione per lo sviluppo sostenibile e da 14 aziende e associazioni di impresa, e da ENEA attraverso l'indice di circolarità, calcolato prendendo in esame i 5 settori del Piano europeo dell'economia circolare produzione, consumo, gestione dei rifiuti, materie prime seconde e innovazione e investimenti, assegnando a ciascuno di essi un set di indicatori a cui è stato attribuito un punteggio, dimostra che l'economia circolare in Italia batte quella di Germania, Francia, Spagna e Polonia.

<sup>5</sup> L'Italia, a differenza di altri Paesi europei, non si è ancora dotata di una Strategia nazionale e di un Piano di azione per l'economia circolare, ad oggi esiste solo il Documento di inquadramento e di posizionamento strategico "Verso un modello di economia circolare per l'Italia" presentato dal Governo nel 2017. Ad ogni modo l'Italia è l'unico paese in UE ad aver reso obbligatori i CAM negli appalti pubblici (art.34 del dlgs. n. 50/16) essenziali per la transizione verso un'economia circolare.

L'Italia, a livello europeo<sup>6</sup>, è fra gli Stati che occupano le prime posizioni riguardo l'applicazione del modello di Economia Circolare.

Probabilmente questa posizione è dovuta non solo ad una volontà governativa centrale che, seppur in modo frammentario<sup>7</sup>, comunque spinge il sistema economico verso la circolarità, ma anche ad un attivismo territoriale delle Regioni e degli enti locali.

## 2. La posizione di Regioni ed Enti Locali verso l'economia circolare.

Il documento *“Posizione della conferenza delle regioni e delle province autonome per la consultazione verso un'economia circolare”* mette in luce il ruolo delle Regioni e degli enti locali verso l'economia circolare ed allo stesso tempo indica gli aspetti di un sistema capace di diffondere, a livello territoriale, il modello dell'economia circolare. Il documento<sup>8</sup> riporta la posizione della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nell'ambito della consultazione pubblica indetta dal MATTM (Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del Mare) per sviluppare un modello di Economia Circolare che contribuisca all'attuazione della Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile.

<sup>6</sup> Il Documento *“Posizione della conferenza delle regioni e delle province autonome per la consultazione verso un'economia circolare”* si può trovare a questo link <http://www.regioni.it/newsletter/n-3248/del-12-10-2017/verso-uneconomia-circolare-17194/>

<sup>7</sup> *Verso un modello di economia circolare per l'Italia. Documento di inquadramento e posizionamento strategico* è stato elaborato dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e dal Ministero dello Sviluppo Economico. Il documento comprende anche i contributi di pubbliche amministrazioni, piccole, medie e grandi aziende, associazioni, consorzi, organismi di certificazione e privati cittadini che hanno partecipato alla consultazione pubblica online. Obiettivo del documento è quello di fornire un inquadramento generale dell'economia circolare nonché di definire il posizionamento strategico del nostro paese sul tema, in continuità con gli impegni adottati nell'ambito dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile, in sede G7 e nell'Unione Europea. [https://www.labparlamento.it/wp-content/uploads/2017/12/Verso-un-modello-di-Economia-Circolare\\_MinAmbiente.pdf](https://www.labparlamento.it/wp-content/uploads/2017/12/Verso-un-modello-di-Economia-Circolare_MinAmbiente.pdf)

<sup>8</sup> La stessa economia circolare si colloca all'interno dell'approccio sistemico vitale poiché le imprese sono dei sistemi vitali che interagiscono con altri sistemi vitali (altri operatori economici, amministrazioni pubbliche, sistema finanziario, etc.). L'efficacia e l'efficienza di tali relazioni dipendono dalla consonanza strutturale (capacità operativa di interagire) e dalla risonanza sistemica (convergenza sulle finalità). Per cui l'economia circolare può essere vista come strettamente connessa al concetto di supply chain management, che colloca ogni singolo operatore economico all'interno di una filiera (supply chain appunto), in cui si realizzano interazioni tra fornitori, operatori logistici, clienti, operatori finanziari, finalizzate alla costruzione, nei vari stadi della filiera, del valore aggiunto del prodotto – servizio finale. In *Economia circolare e quarantena economica: un'opportunità per ripartire*, R. RUBINO, G. BOSCO, in *Diritto24*, Il Sole24ore, 2020 <https://www.diritto24.ilssole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2020-04-20/economia-circolare-e-quarantena-economica-opportunita-ripartire-161334.php> Si veda anche F. ZANOTTO, *“Verso l'Economia Circolare come strumento di pianificazione. Il caso olandese”* in *“Un futuro affidabile per la città Apertura al cambiamento e rischio accettabile nel governo del territorio”*, Planum Publisher [www.planum.net](http://www.planum.net), Roma-Milano 2017

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha incaricato la Commissione Affari europei e internazionali (AEI) di coordinare i lavori per comporre il contributo delle Regioni alla consultazione pubblica ed ha posto come riferimenti di contesto il documento *Verso un modello di economia circolare per l'Italia. Documento di inquadramento e posizionamento strategico*<sup>9</sup> ed un questionario.

Ne esce che la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome apprezza l'iniziativa del MATTM di procedere con una consultazione pubblica per sviluppare un modello di Economia Circolare in Italia ed elargisce tutta una serie di suggerimenti sulla necessità di elaborare strumenti e politiche per trasformare le criticità individuate in azioni strategiche da realizzare.

Inoltre, ad una attenta lettura del documento si possono individuare alcuni aspetti che, se visti secondo un approccio sistemico<sup>10</sup>, hanno favorito e favoriscono la diffusione del modello di economia circolare da parte di Regioni e Province autonome sul territorio locale.

Questi aspetti si identificano nelle modalità di azione delle Regioni e sono: iniziative legislative e regolamentari; programmi e piani integrati, misure volte all'attuazione del *Green Public Procurement* (GPP) nelle procedure di approvvigionamento di beni e servizi pubblici, interventi nell'ambito delle politiche di ricerca e sviluppo.

Come nella più classica delle definizioni di sistema<sup>11</sup> gli aspetti sopra citati sono fra loro interdipendenti e si influenzano vicendevolmente generando risultati finalizzati all'obiettivo generale, l'applicazione dell'economia circolare a livello territoriale.

<sup>9</sup> "Un sistema è un insieme di elementi interconnessi che è organizzato coerentemente in un modo che ottenga qualcosa... deve consistere in tre tipi di cose: elementi, interconnessioni e una funzione o scopo." da "Pensare per sistemi. Interpretare il presente, orientare il futuro verso uno sviluppo sostenibile", D. MEADOWS, editore Guerini Next, Milano 2019. Dunque, ragionare per sistemi significa considerare i diversi elementi di un insieme come interconnessi e partire dalle influenze individuate per imprimere una nuova direzione all'insieme stesso. Riguardo all'Economia Circolare significa osservare gli *asset* esistenti e vedere in essi nuove opportunità per diventare più consapevoli dell'intera gamma di conseguenze di possibili interventi e per trovare "punti di leva" nei problemi complessi. Si vedano inoltre: C. BRUGNOLI, *Pensiero sistemico e decisioni strategiche*, EGEA, Milano 2002, G. GOLINELLI, *L'approccio sistemico vitale (ASV) al governo dell'impresa*, CEDAM, Pavia 2017

<sup>10</sup> Riguardo alle informazioni e alle decisioni è utile tenere presente il pensiero di H.A. SIMON, *Causalità, razionalità organizzazione*, Il Mulino, 1985. Poiché, siamo esseri umani e prendiamo le nostre decisioni in base alle informazioni disponibili (non sempre perfette) e a capacità cognitive non assolute, in tempi comunque ristretti, la nostra razionalità è così di fatto limitata. Conoscendo però tale limite, secondo un punto di vista differente, in un'ottica sistemica, possiamo fornire ulteriori informazioni capaci di condurre a decisioni più efficaci. Per approfondire: H. A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Il Mulino, Bologna 2001, H.A. SIMON, *Bounded Rationality and Organizational Learning* in *Organization Science*, Vol. 2, N. 1, Special Issue: *Organizational Learning: Papers in Honor of (and by) James G. March*, 1991

<sup>11</sup> "La guida pratica agli acquisti verdi" è un'azione inserita nel "Piano d'Azione per la Sostenibilità ambientale dei consumi pubblici in Emilia-Romagna 2016-2018"

Poi, l'approccio sistemico permette di individuare quei loop di legame informativo<sup>12</sup> sulle interdipendenze necessarie al gestore politico per rendere efficaci le sue decisioni. Per fare un esempio, "La Guida pratica agli acquisti verdi" è un provvedimento amministrativo della Regione Emilia Romagna. Prevista in una precisa azione pianificatoria<sup>13</sup>, contiene indicazioni affinché mediante l'inserimento nelle fasi del GPP dei CAM ambientali si acceda, da parte degli enti locali, ad un approvvigionamento sostenibile. Nell'esempio sopra descritto emergono almeno 3 degli aspetti dell'approccio sistemico (iniziative legislative e regolamentari rivolte alla sostenibilità ed all'economia circolare; programmi e piani integrati, misure volte all'attuazione del *Green Public Procurement* (GPP) nelle procedure di approvvigionamento di beni e servizi pubblici).

Questi aspetti generano fra loro legami reciproci che nel loro modo di interagire attivano l'economia circolare.

L'azione regolamentare dell'ente locale (Regione) sprona un approvvigionamento verde che genera la richiesta di prodotti a basso impatto ambientale a cui risponderanno le forniture delle aziende e le pratiche di consumo dei cittadini.

In ambito di Economia circolare significa intervenire sulla domanda di prodotti, generata dalla Pubblica Amministrazione, affinché attraverso gli appalti verdi tali prodotti (ecoprogettati) non implicino conseguenze sull'ambiente ed inneschino un ciclo virtuoso nella risposta produttiva delle aziende e dei comportamenti dei consumatori. Pertanto, nei successivi paragrafi l'analisi di ognuno di questi aspetti, unita all'approccio sistemico, tratterà l'azione efficace delle Regioni e degli enti locali che permetterà di comprendere la posizione dell'Italia ai primi posti nell'UE per l'applicazione del modello dell'economia circolare.

### 3. Iniziative legislative e regolamentari.

Questo aspetto riveste un ruolo importante nel creare la struttura regolativa entro cui si muovono regioni ed enti locali nel recepire i principi dell'economia circolare che determinano i rapporti economico ambientali e spronano le azioni dei decisori

<sup>12</sup> A. COSETTI, R. FERRARA, E. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, "Introduzione al Diritto dell'Ambiente", Laterza, Bari 2018, B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE, "Diritto dell'Ambiente", Il Mulino, Bologna 2016, M. ALBERTON, F. CITTADINO, *La tutela dell'ambiente tra Stato e regioni alla luce della riforma costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2016, G. ROSSI (a cura di) *Diritto dell'ambiente*, G. Giappichelli editore, Torino 2017, P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, CEDAM, Padova 2016; G. ROSSI, *L'evoluzione del Diritto dell'ambiente*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n2/2015

<sup>13</sup> L'articolo 117 ricomprende la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali tra le materie attribuite alla competenza esclusiva dello Stato mentre la tutela della salute, il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali sono ricompresi tra le materie di legislazione concorrente nelle quali è riservata allo Stato la determinazione dei principi fondamentali con esclusione della potestà regolamentare.

politici.

Al di fuori dell'ambito italiano la struttura regolativa è delineata dalle Direttive e raccomandazioni dell'UE.

In ambito italiano è necessario considerare il rapporto Stato –Regioni nelle competenze legislativo – amministrative riguardo all'ambiente<sup>14</sup>. In Italia la tutela dell'ambiente è affidata a diversi livelli governativi, dallo Stato agli enti locali ognuno con un suo ruolo definito costituzionalmente e precisato, nel tempo, per via giurisprudenziale.

L'art.117 della Costituzione, come è noto, determina le materie esclusive e concorrenti su cui Stato e Regioni possono legiferare<sup>15</sup>. L'ambiente costituisce una di quelle materie riservate alla competenza statale che ha carattere trasversale<sup>16</sup> con interferenze su altri settori dell'ordinamento<sup>17</sup>. Gli interventi legislativi, secondo una oramai consolidata giurisprudenza<sup>18</sup>, riguardano rispettivamente per lo Stato la

<sup>14</sup> In questo senso si è espressa la Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 407 del 26 luglio 2002 pubblicata in GU n.30 del 31 luglio 2002, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale di una norma regionale lombarda ( in particolare gli artt. 3, comma 1, 4, comma 2, 5, commi 1 e 2, della legge della Regione Lombardia 23 novembre 2001, n. 19 *Norme in materia di attività a rischio di incidenti rilevanti* ) che prevedeva limiti più stringenti in tema di inquinamento atmosferico. Ha escluso la configurabilità di una materia in senso tecnico qualificando l'ambiente come “*valore costituzionalmente protetto*” ossia una sorta di materia trasversale in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, spettando tuttavia allo Stato la fissazione di “*standards di tutela uniformi*” derogabili *in melius* dalla legislazione regionale. Sulla stessa scia si sono collocate numerose altre sentenze della Corte Costituzionale, tanto da divenire ormai assodato il principio secondo il quale la competenza esclusiva statale di cui alla lettera s) dell'articolo 117 della Costituzione sarebbe limitata alla fissazione di standards minimi di tutela uniforme su tutto il territorio nazionale, con ampia possibilità per le Regioni di apportare una protezione più elevata.

<sup>15</sup> Ad esempio: la tutela della salute; la protezione civile; il governo del territorio; la valorizzazione dei beni ambientali; la ricerca scientifica e tecnologica, la produzione, il trasporto e la distribuzione di energia; porti, aeroporti, reti di trasporto e navigazione sono materie attribuite alla legislazione concorrente Stato-Regioni. Quindi, Stato e Regioni intervengono entrambe sulla normativa ambientale

<sup>16</sup> La Corte Costituzionale verso la fine del 2007 attraverso le sentenze n. 267 e n. 378 ha rivisto la propria posizione e riesaminando il rapporto tra gli articoli 117 e 118 Cost. Ha individuato l'ambiente come materia piuttosto che come valore così l'oggetto di tutela viene ora individuato nell'ambiente considerato nel suo aspetto dinamico di interrelazione tra le sue componenti. Ne consegue che spetta allo Stato disciplinare l'ambiente nella sua interezza, come un'entità organica . Va da sé che accanto al bene giuridico ambiente in senso unitario, possano coesistere altri beni giuridici, correlati o intimamente connessi col bene ambiente, ma concernenti interessi diversi magari tutelati dalla potestà legislativa regionale. In questo modo, la Corte Costituzionale giunge a distinguere nella materia ambientale tra tutela o conservazione, affidata alla competenza esclusiva statale, ed utilizzazione o fruizione affidata alle competenze regionali. In tale contesto interpretativo, la disciplina statale di tutela dell'ambiente viene ad essere un limite alla disciplina regionale la quale, nelle materie di sua esclusiva competenza (quali l'utilizzazione e la fruizione dell'ambiente) non può mai derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale posto dallo Stato.

<sup>17</sup> Infatti l'art.118 quanto al riparto di competenze amministrative tra centro e periferia afferma “ *Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*” in questo modo attribuisce le funzioni amministrative agli enti più vicini ai cittadini (i Comuni), salvo che si renda necessaria la competenza di un livello superiore per associare l'esercizio unitario.

<sup>18</sup> Si riporta qui di seguito il comma 2 dell'art. 120 Cost. “*Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati*

tutela dell'ambiente e per la Regione la sua valorizzazione.

Inoltre, la rigidità del riparto legislativo tra Stato e Regioni viene mitigata intendendo l'articolo 117 Cost., non tanto come elenco di competenze insuscettibili di coordinarsi tra loro, ma come un complesso di competenze che, seppur distinte sul piano legislativo, si integrano sul piano dell'attuazione amministrativa in forza dei principi di sussidiarietà art.118 Cost<sup>19</sup> e leale collaborazione art. 120<sup>20</sup> Cost tra Stato, Regioni ed Enti Locali.

L'attività della Pubblica Amministrazione nell'espletamento delle decisioni politiche relative alla tutela dell'ambiente è orientata verso lo sviluppo sostenibile a tutti i livelli di azione (Stato, Regione e comuni) in virtù di quanto affermato dall'art.118 che affida agli enti più vicini al cittadino le funzioni amministrative.

Quindi, Regioni e Comuni nonché province, nella loro attività di pubblica amministrazione, saranno impegnate a realizzare quanto prescritto dalle normative, orientate verso lo sviluppo sostenibile.

Il principio dello sviluppo sostenibile perseguito dall'UE<sup>21</sup> e anche nel nostro

---

*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. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione."*

<sup>19</sup> Si veda art.3, comma 3 TFUE "3. 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. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo." Inoltre sullo sviluppo sostenibile si veda: A. LANZA, *Lo sviluppo sostenibile*, Il Mulino, Bologna 2002; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in Riv. giur. amb., n. 2/2002, P. GRECO, *Lo sviluppo insostenibile: dal vertice di Rio a quello di Johannesburg*, Mondadori, Milano, 2003; S. BORGHESI, A. VERCELLI, *La sostenibilità dello sviluppo globale*, Nuova Cultura Editore, Roma, 2005; F. LA CAMERA, *Sviluppo sostenibile: origini, teoria e pratica*, Editori Riuniti, Roma, 2005; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Giappichelli, Torino, 2007; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè editore Milano, 2012; *Tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Giappichelli, Torino 2017; M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. I, CEDAM, Padova 2012; G. FIDONE, *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in P. DELL'ANNO Vol. III, CEDAM, Padova, 2015.

<sup>20</sup> Si riporta a tal proposito il 1 comma dell'art.117 Cost. "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali."

<sup>21</sup> In "L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali", A. DI GIOVANNI, Rivista Il diritto e l'economia, n.1/2018, che riprende *Il potere discrezionale*, V. M.S. Giannini, Giuffrè, 1939; *Discrezionalità amministrativa*, A. PIRAS, in Enciclopedia del diritto, XIII, Milano, 1964. La discrezionalità è prevalentemente quella pura e secondariamente quella tecnica, quindi la valutazione va normalmente effettuata da un organo amministrativo (o addirittura politico- amministrativo) e non

ordinamento<sup>22</sup> regola non solo le scelte ambientali, ma tutta l'attività amministrativa discrezionale<sup>23</sup>, tanto che il d.lgs. 152/2006 al comma 2 dell'art. 3-quater afferma che «...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». Dunque, ne emerge che quando l'attività amministrativa è vincolata, la ponderazione comparativa dello sviluppo sostenibile è già avvenuta a livello di diritto ambientale internazionale, europeo o nazionale.

Il principio di sviluppo sostenibile non solo ispira la politica di salvaguardia dell'ambiente, ma anche le decisioni di politica economica sia a livello nazionale che internazionale. In quest'ottica nel 2002 il CIPE con deliberazione n. 57 del 2/08/2018 intitolata «Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia» affermava che «un sistema economico in crescita è sostenibile solo se l'ammontare delle risorse utilizzate per la creazione di ricchezza resta, in quantità e qualità, entro opportuni limiti di sfruttamento e non sovraccarica le capacità di assorbimento fornite dall'ecosfera». La posizione del CIPE ben si sposa con i concetti di economia ambientale illustrati nel paragrafo introduttivo che conducono all'idea di economia circolare. Perciò, ne deriva che una oculata gestione delle risorse, in grado di favorire prodotti che al termine del loro ciclo di vita<sup>24</sup> divengono risorse reimpiegabili per il medesimo sistema produttivo, permette alle generazioni successive di continuare a sopravvivere dignitosamente.

Questi principi dell'economia circolare vengono accolti nella produzione

---

da un organo tecnico. Sorge spontaneo, dal punto di vista della dogmatica del diritto amministrativo, il riferimento alla teoria gianniniana della discrezionalità. Infatti, come scriveva Giannini, la discrezionalità amministrativa consiste nella valutazione comparativa tra un interesse pubblico primario e interessi pubblici, collettivi, diffusi e privati secondari. Si vedano anche: D.J GALLIGAN (Autore), Innamorati F.(Traduttore) *La discrezionalità amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano 1999; M. CLARICH *Manuale di Diritto Amministrativo*, Il Mulino, Bologna 2017; G. ROSSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino 2017.

<sup>22</sup> Su tale argomentazione si vedano *Linee guida per strategie integrate di economia circolare a livello locale e regionale* edito da Circular Europe Network - gruppo di lavoro specifico sulla pianificazione dell'economia circolare che riunisce i membri ACR - Associazione di città e regioni per la gestione sostenibile delle risorse impegnati a migliorare le loro strategie di risorse e rafforzare lo sviluppo sostenibile del loro territorio.

<sup>23</sup> Le leggi approvate dalle Regioni: Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Toscana, Piemonte e Campania sono accomunate nel: promuovere la prevenzione della produzione dei rifiuti; estendere il ciclo di vita dei prodotti; valorizzare gli scarti di consumo e di produzione; promuovere l'impiego di materiali e prodotti riciclati; ridurre la produzione dei rifiuti e l'utilizzo delle risorse naturali; ottimizzare la raccolta differenziata.

<sup>24</sup> La legislazione sui rifiuti è prevista con la decisione UE n.1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013 e nel rispetto della normativa nazionale inserita nel d.lgs n.152/2006. Riguardo alla normativa nazionale si vedano gli articoli n.3 quater *Principio dello sviluppo sostenibile* secondo cui ogni attività umana giuridicamente rilevante e della pubblica amministrazione devono rifarsi al principio dello sviluppo sostenibile; art n.34 - *Norme tecniche, organizzative e integrative* secondo cui le istituzioni governative provvedono ad aggiornare con cadenza triennale la Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile ed anche le Regioni si dotano di una complessiva strategia di sviluppo sostenibile che sia coerente e definisca il contributo alla realizzazione degli obiettivi della strategia nazionale; art. 179 - *Criteri di priorità nella gestione dei rifiuti* che prevede la gerarchia a cui si devono adeguare le pubbliche amministrazioni per la gestione dei rifiuti.

legislativa di tutte le Regioni per esplicarsi in seguito nella conseguente attività amministrativa.

Alcune Regioni poi hanno dedicato una apposita legge all'economia circolare: Emilia Romagna L. R. n.16 del 5/10/2016 "*Disposizioni a sostegno dell'economia circolare, della riduzione della produzione dei rifiuti urbani, del riuso dei beni a fine vita, della raccolta differenziata e modifiche alla legge regionale 19 agosto 1996 n. 31 (disciplina del tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi)*"; Friuli Venezia Giulia L.R. n. 34 del 20/10/ 2017, "*Disciplina organica della gestione dei rifiuti e principi di economia circolare.*"; Toscana L.R. del 05/03/2020 "*Disposizioni in materia di economia circolare per la gestione dei rifiuti. Modifiche alla l.r. 60/1996*", Piemonte L. R. n. 1 del 10/01/2018 "*Norme in materia di gestione dei rifiuti e servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani e modifiche alle leggi regionali 26 aprile 2000, n. 44 e 24 maggio 2012, n. 7*"; Campania L.R. n. 14 del 26/05/2016 "*Norme di attuazione della disciplina europea e nazionale in materia di rifiuti e dell'economia circolare*".

La legislazione approvata da queste regioni<sup>25</sup> accoglie a pieno i principi dell'economia circolare nell'ottica della gestione sostenibile dei rifiuti<sup>26</sup>. Dunque, sebbene l'iniziativa legislativa illustrata ricopra un determinato ambito settoriale è comunque in grado di dimostrare quella sistematicità di aspetti che ci permette di leggere l'attivismo degli enti locali nella diffusione dell'economia circolare. Infatti, l'iniziativa legislativa regionale determina l'azione amministrativa degli enti locali che opportunamente pianificata in azioni concrete agisce sul mercato degli acquisti pubblici rendendo applicativi i principi dell'economia circolare. Un esempio si può leggere nella L.R. della Toscana che all'art 2 finalizza l'istituzione dei tavoli tecnici per la promozione dell'economia circolare ad individuare gli interventi per favorire: il mercato dei prodotti riciclati e a minore impatto ambientale; la produzione e la realizzazione di prodotti e servizi che rispondano alle caratteristiche previste dai

<sup>25</sup> Previsto dalla L.R. n. 1 del 7 gennaio 2015 - *Disposizioni in materia di programmazione economica e finanziaria regionale e relative procedure contabili. Modifiche alla l.r.20/2008.*

<sup>26</sup> In generale, la pianificazione indica un processo mediante cui si stabiliscono obiettivi da raggiungere in un arco temporale di medio lungo termine ( 3 - 5 anni). Conseguente alla pianificazione è la programmazione mediante cui si stabiliscono, entro breve termine (un anno), le azioni necessarie per raggiungere gli obiettivi pianificati. Infine, quando si stabiliscono le azioni e si predispongono i mezzi per raggiungere gli obiettivi programmati si adotta una pianificazione strategica. Riguardo alla pianificazione si vedano: A. FALUDI, *Decisione e pianificazione ambientale*, Dedalo, Bari 2000; A. CICERCHIA, *Pianificazione strategica e ambiente. Teorie, metodi, strumenti ed esperienze internazionali*, Franco Angeli, Milano 2000; L. MAZZARA, *Il Piano strategico nell'ente locale*, Ipsoa, Milano 2009; E. ZUFFADA, *Scelte strategiche negli enti locali*, Giappicchelli, Torino 2007; E. BORGONOVÌ, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Egea, Milano 1996 ; G. DONNA, *La pianificazione strategica nell'ambito pubblico*, in *Impresa Progetto*, *Electronic Journal of Management* – n.2 /2010- <https://www.impresaprogetto.it/>; A. TANESE, E. DI FILIPPO, R. RENNIE (a cura di ), *La pianificazione strategica per lo sviluppo dei territori – Analisi e strumenti per l'innovazione* – I manuali, Rubettino Editore ,2006 – [www.rubettino.it](http://www.rubettino.it). Pianificazioni e programmazioni vengono utilizzate ad esempio nei campi dell' economia, urbanistica, scienze sociali ecc. a tal proposito si veda <http://www.treccani.it/enciclopedia/pianificazione/>

criteri ambientali minimi. Poiall'art.4 prevede l'approvazione, da parte della Giunta regionale, entro il 2021, del documento d'azione per la promozione dell'economia circolare per la riduzione della produzione di rifiuti e la valorizzazione dei prodotti riciclati in coerenza con gli obiettivi e contenuti minimi definiti dal Programma Regionale di Sviluppo (PRS)<sup>27</sup> e nel rispetto degli atti di programmazione di settore.

#### 4. Pianificazioni programmi e piani strategici.

Pianificazioni, programmi e piani strategici rappresentano un altro aspetto del sistema che ci permette di comprendere il contributo degli enti locali alla diffusione dell'economia circolare e il conseguente posizionamento dell'Italia in Unione Europea nell'applicazione della stessa.

Pianificazione e programmazione sono modalità di azione utilizzate nei più svariati campi<sup>28</sup>, sia in ambito pubblico che privato per raggiungere gli obiettivi di un'organizzazione. Nella loro elaborazione le Pianificazioni permettono ai decisori politici ed amministrativi di reperire le informazioni necessarie a guidare le scelte per attuare le azioni in grado di realizzare gli obiettivi posti dal piano<sup>29</sup>. Quindi, le amministrazioni pubbliche utilizzano pianificazioni e programmazioni in attuazione di indirizzi politici e di normative specifiche.

Le pianificazioni ambientali intervengono dal livello internazionale al livello locale per rispondere al bisogno di: risanare, migliorare, tutelare la qualità delle

<sup>27</sup> A tal proposito si veda F. ZANOTTO, L. AMENTA, *Verso l'Economia Circolare come strumento di pianificazione. Il caso olandese in Un futuro affidabile per la città – Apertura al cambiamento e rischio accettabile nel governo del territorio* ( a cura di) M. TALIA – Planum Publisher – Roma-Milano 2017. R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente* in Il Piemonte delle Autonomie - Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione, n.2/2018

<sup>28</sup> L'Unione Europea attua pianificazioni e programmazioni oltre le politiche ambientali, ne siano un esempio pianificazioni e programmazioni legate alla politica di coesione. La politica di coesione dell'Unione europea prevede una strategia di promozione e supporto dello sviluppo armonico generale degli Stati membri e delle Regioni. Viene implementata dagli organi nazionali e regionali in collaborazione con la Commissione europea. Il quadro di riferimento della politica di coesione prevede un ciclo di 7 anni. L'attuale ciclo terminerà nel 2020 ed un nuovo ciclo coprirà il periodo 2021-2027. Il processo per l'implementazione della politica di coesione dell'Unione Europea prevede che ogni Stato membro rediga un progetto di Contratto di partenariato che descrive la propria strategia e propone un elenco di programmi. In seguito la Commissione negozia con le autorità nazionali il contenuto definitivo del Contratto di partenariato e di ogni programma. I programmi espongono le priorità del paese e/o delle regioni o dell'area di cooperazione interessata. I programmi sono implementati dagli Stati membri e dalle rispettive regioni attraverso progetti legati ai medesimi programmi. Nel periodo 2021-2027 gli investimenti dell'UE saranno orientati su cinque obiettivi principali: un'Europa più intelligente; un'Europa più verde e priva di emissioni di carbonio; un'Europa più connessa; un'Europa più sociale; un'Europa più vicina ai cittadini.

<sup>29</sup> I programmi sono generalmente proposti dalla Commissione, anche se non mancano iniziative promosse dal Consiglio o dal Parlamento europeo, hanno una durata limitata nel tempo (in genere quattro-cinque anni), alla scadenza si procede ad una valutazione dei risultati raggiunti e, se positivi, viene proposta una nuova fase, apportando le dovute modifiche.

componenti ambientali, il territorio, il patrimonio culturale, e per soddisfare specifiche domande sociali (es. mobilità, servizi idrici, smaltimento di rifiuti, ecc.). L'Unione Europea utilizza gli strumenti di pianificazione e programmazione<sup>30</sup> in materia di ambiente da oltre 40 anni con il fine di dare indicazioni agli stati membri sulle attività o sulle azioni da mettere in campo per raggiungere gli obiettivi stabiliti dalle politiche della Commissione o del Parlamento<sup>31</sup>.

Nel 2013 è stato adottato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell'Unione il settimo programma di azione per l'ambiente<sup>32</sup> ed attualmente è in elaborazione l'ottavo PAA<sup>33</sup>.

L'Unione Europea ha emanato piani di azione anche riguardo all'economia circolare.

Il primo piano d'azione per l'economia circolare, contenuto nel documento Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni – *“L'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare”* COM/2015/0614 final, esprime una serie di dichiarazioni di intenti per la transizione verso l'economia circolare secondo

<sup>30</sup> La Commissione per l'ambiente, la sanità e la sicurezza alimentare con relatore DACIANA OCTAVIA SARBU nella relazione finale del 06/03/2018 sull'attuazione del 7° Programma d'Azione per l'Ambiente ha confermato che il 7° PAA ha offerto importanti orientamenti strategici sia per l'UE che per gli Stati membri; ha portato avanti un'agenda che ha inciso positivamente sui cittadini e sull'ambiente e aumentato la rendicontabilità. Esistono però ancora diversi ambiti fondamentali in cui l'attuazione carente del PAA contribuisce al degrado ambientale e pone minacce dirette per la salute dei cittadini. Tali ambiti includono: l'utilizzo del suolo e la pesca non sostenibili, la perdita di biodiversità, la qualità dell'aria, il rumore ambientale, la gestione dei rifiuti e l'esposizione alle sostanze chimiche. Sarà dunque necessario porre rimedio con urgenza alla mancata attuazione della legislazione o alla mancata definizione di politiche adeguate in detti ambiti. Potrebbero essere realizzati ulteriori progressi verso il conseguimento di tutti gli obiettivi concentrandosi su tre temi centrali: lacune in materia di conoscenze, coerenza delle politiche e finanziamenti. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0059\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0059_IT.html)

<sup>31</sup> Per l'elaborazione dell'ottavo PAA – Programma d'Azione per l'Ambiente, ad oggi, il Consiglio ha adottato le conclusioni dal Consiglio dell'Unione Europea, relative alle precedenti programmazioni, che orienteranno le politiche dell'Unione Europea in materia di ambiente e cambiamenti climatici nel periodo 2021 – 2030. Tali conclusioni indicano alla Commissione che sarebbe opportuno che, per la salvaguardia del benessere e per le prospettive delle generazioni presenti e future, adottasse ulteriori misure per proteggere e ripristinare la biodiversità e presentare una strategia dell'Unione per un ambiente non tossico incentrata sugli interferenti endocrini, sugli effetti combinati delle sostanze chimiche e sulle problematiche legate ai nanomateriali.

<sup>32</sup> Il Nuovo piano d'azione per l'economia circolare europeo fa propri i seguenti obiettivi: progettare prodotti sostenibili; condurre i consumatori e gli acquirenti pubblici verso la possibilità di operare scelte informate; favorire la circolarità dei processi produttivi. Ad ogni modo la stessa economia circolare può essere vista come un sistema di pianificazione. Infatti, pianificare l'economia circolare significa organizzare una serie di azioni capaci di indirizzare gli aspetti dei sistemi con cui interagiscono nonché gli attori dei sistemi stessi verso comportamenti che favoriscano l'economia circolare. A tal proposito si veda F. ZANOTTO, L. AMENTA, *Verso l'Economia Circolare come strumento di pianificazione. Il caso olandese in Un futuro affidabile per la città – Apertura al cambiamento e rischio accettabile nel governo del territorio* (a cura) di M. TALIA – Planum Publisher – Roma-Milano 2017.

<sup>33</sup> La Regione emana anche una pluralità di piani di settore: piani regionali dei rifiuti (art.199 del d.lgs. n.152/06), piani di bacino distrettuali sull'utilizzazione delle acque e la difesa del suolo (art.65/66 del d.lgs. n.152/06), piano di parco (l. n.349 /91), piani di bonifica dall'inquinamento acustico (l.n.447/95).

alcune macro direttrici quali: Produzione, Consumo, Gestione dei rifiuti, Rifiuti e risorse, Innovazione ed investimenti.

Attualmente con la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *“Un nuovo piano d’azione per l’economia circolare. Per un’Europa più pulita e più competitiva”* 11.3.2020 COM(2020) 98 final è stato approvato il Nuovo piano d’azione per l’economia circolare europeo<sup>34</sup>.

L’Italia quale stato membro dell’Unione Europea recepisce indicazioni ed direttive della stessa ed implementa piani e programmi che le vengono indicati nei differenti settori ed ai vari livelli di azione governativa. La Regione fra gli enti territoriali italiani, emette atti di pianificazione e programmazione<sup>35</sup> per l’attuazione e realizzazione dei suoi indirizzi politici. Tali atti<sup>36</sup> generano le azioni pianificatorie degli altri enti locali ( comuni, province e città metropolitane) e vanno ad integrarsi con queste ultime e quelle dello Stato per realizzarne gli obiettivi generali. Inoltre, le regioni italiane, sulla base delle indicazioni dell’art.34<sup>37</sup> del d.lgs n.152/2006 e della

<sup>34</sup> La funzione di pianificazione si esplica per mezzo di atti generali volti a distribuire sul territorio le risorse a disposizione e a predisporre un intervento complessivo in un settore per mezzo di un insieme coordinato di misure. I provvedimenti di pianificazione possono essere di diverso tipo. Possono essere ricompresi nella funzione pianificatoria quelli di programmazione in senso ampio tra cui è possibile far rientrare gli atti di distribuzione fra i consociati di risorse ambientali o di contingenti di possibile inquinamento come ad esempio predisponendo il Piano nazionale di assegnazione di quote di emissione. Dall’altro vi sono gli atti di pianificazione che incidono sul territorio, all’interno dei quali si distinguono i piani territoriali urbanistici dai cosiddetti piani territoriali di settore. La variabile ambientale può costituire il loro soggetto specifico per alcuni piani di settore ad esempio piano distrettuale di bacino o il piano di parco o un elemento di essi come ad esempio nel piano regolatore generale di una città. Si veda: A. COSETTI, R.FERRARA, E. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al Diritto dell’Ambiente*, Laterza, Bari 2018; *Strumenti per la pianificazione ambientale – ISPRA - Annuario dei Dati ambientali – 2019* <https://www.isprambiente.gov.it/files2020/pubblicazioni/stato-ambiente/annuario-2020/18Strumentazionepianificazione2019.pdf>. Non mancano tentativi nella dottrina di cercare di rintracciare una coerenza sistematica si veda ad esempio in *Manuale di diritto ambientale*, P. DELL’ANNO, CEDAM, 2003,

<sup>35</sup> Art.34 *Norme tecniche, organizzative e integrative* del d.lgs n.152/06, comma 4 *“Entro dodici mesi dalla delibera di aggiornamento della strategia nazionale ... le regioni si dotano...di una complessiva strategia di sviluppo sostenibile che sia coerente e definisca il contributo alla realizzazione degli obiettivi della strategia nazionale. Le strategie regionali indicano insieme al contributo della regione agli obiettivi nazionali, la strumentazione, le priorità, le azioni che si intendono intraprendere. ... Le regioni promuovono l’attività delle amministrazioni locali che... si dotano di strumenti strategici coerenti e capaci di portare un contributo alla realizzazione degli obiettivi della strategia regionale.”*

<sup>36</sup> Delibera CIPE n.108 del 22 dicembre 2017, *“ Approvazione della Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile”*

<sup>37</sup> La pianificazione strategica è un documento che guarda al futuro e trasmette certezze sulle attività avviate e quelle pianificate in tutti i settori coinvolti permettendo a cittadini, amministratori pubblici e anche imprese di avere un quadro preciso del periodo solitamente quinquennale a cui si rivolge. Per pianificazione si intende il complesso di interventi organici di un ente nell’economia, realizzati sulla base di un piano pluriennale, al fine di stimolare e guidare lo sviluppo della produzione, sia attraverso la regolamentazione di ogni settore della vita economica, sia attraverso un sistema flessibile di erogazioni e investimenti pubblici e incentivazioni fiscali e creditizie. Si veda in A. CICERCHIA, *Pianificazione strategica e ambiente. Teorie, metodi, strumenti ed esperienze internazionali*, Franco Angeli, Milano 2000; L. MAZZARA, *Il Piano strategico nell’ente locale*, Ipsoa, Milano 2009; E. ZUFFADA, *Scelte strategiche negli enti locali*, Giappichelli, Torino 2007

delibera del CIPE del 22/12/2017<sup>38</sup>, sono chiamate a costruire la propria strategia per lo sviluppo sostenibile. Quindi, ogni Regione ha elaborato un piano strategico<sup>39</sup> di sviluppo sostenibile che, oltre a contribuire alla realizzazione degli obiettivi nazionali enunciati nel documento SNSVS- Strategia nazionale per lo Sviluppo Sostenibile<sup>40</sup>, indica gli strumenti, le priorità e le azioni mediante cui intraprenderli e promuove l'attività degli altri enti locali affinché anch'essi stabiliscano gli strumenti ed i mezzi per contribuire alla realizzazione di tali obiettivi.

All'interno degli obiettivi dello sviluppo sostenibile<sup>41</sup> si inseriscono quelli dell'economia circolare con particolare attenzione alle risorse. La gestione delle risorse è importante per uno sviluppo sostenibile a favore delle future generazioni e l'economia circolare può indicare le modalità mediante cui conservare, reimpiegare e utilizzare le risorse in modo razionale.

Attraverso la pianificazione degli approvvigionamenti le Regioni favoriscono la transizione verso l'economia circolare. La pianificazione regionale degli approvvigionamenti, che diviene sostenibile passando per l'integrazione degli aspetti ambientali nel GPP – *Green Public Procurement*, prende le mosse dalla Comunicazione della Commissione al Consiglio e Al Parlamento Europeo “*Politica*

<sup>38</sup> La SNSVS è strutturata in cinque aree, corrispondenti alle cosiddette “5P” dello sviluppo sostenibile proposte dall'Agenda 2030: Persone, Pianeta, Prosperità, Pace e Partnership. Una sesta area è dedicata ai cosiddetti vettori per la sostenibilità, quali elementi essenziali per il raggiungimento degli obiettivi strategici nazionali. Ogni area contiene Scelte Strategiche e Obiettivi Strategici per l'Italia, correlati agli SDGs dell'Agenda 2030. [https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio\\_immagini/Galletti/Comunicati/snsvs\\_ottobre2017.pdf](https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio_immagini/Galletti/Comunicati/snsvs_ottobre2017.pdf)

<sup>39</sup> Il documento di SNSVS nell'area della Prosperità individua quale III scelta strategica “*Affermare modelli sostenibili di produzione e consumo*” che a sua volta si declina in 9 obiettivi fra cui il primo che afferma “*Dematerializzare l'economia, migliorando l'efficienza dell'uso delle risorse e promuovendo meccanismi di economia circolare*”. Pertanto secondo il SNSVS la tendenza verso modelli di produzione e consumo sostenibili come l'economia circolare è da considerarsi cruciale per l'intero sistema di attuazione della Strategia Nazionale.

<sup>40</sup> PAN - GPP - Piano Nazionale d'Azione sul Green Public Procurement a cui hanno collaborato il Ministero dell'economia e delle finanze e la Consip, su richiesta dello stesso Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del Mare. Il Piano è stato adottato con il Decreto Interministeriale dell'11 aprile 2008 (G.U. n. 107 dell'8 maggio 2008), aggiornato con Decreto 10 aprile 2013 (G.U. n. 102 del 3 maggio 2013) ed è in corso di ulteriore revisione. Invece, Consip è una società per azioni, partecipata al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, che opera, secondo gli indirizzi strategici definiti dall'Azionista, al servizio esclusivo della Pubblica Amministrazione. La missione aziendale è quella di rendere più efficiente e trasparente l'utilizzo delle risorse pubbliche, fornendo alle amministrazioni strumenti e competenze per gestire i propri acquisti e stimolando le imprese al confronto competitivo con il sistema pubblico. <https://www.consip.it/> Il Ministero dell'economia e delle finanze e la Consip svolgono un ruolo strategico nell'ambito del Comitato di Gestione per l'Attuazione del Piano di azione nazionale per la sostenibilità dei consumi nella P.A., coordinato dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del Mare e finalizzato anche alla redazione e all'aggiornamento dei Criteri Ambientali Minimi (CAM) sulle categorie oggetto di definizione di criteri ambientali.

<sup>41</sup> I CAM – criteri ambientali minimi, definiti con appositi decreti emanati dal Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare, quali indicazioni tecniche che “*..consisteranno sia in considerazioni generali che in considerazioni specifiche di natura prevalentemente ambientale e, quando possibile, etico-sociale collegate alle diverse fasi delle procedure di gara (oggetto dell'appalto, specifiche tecniche, criteri premianti della modalità di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, condizioni di esecuzione dell'appalto)*” sono utili a classificare come “sostenibile” l'acquisto o l'affidamento.

*integrata dei prodotti* Sviluppare il concetto di “ciclo di vita ambientale” Bruxelles, 18.6.2003 COM(2003) 302 def.. La Comunicazione invita gli Stati membri ad elaborare appositi piani di azione, non giuridicamente vincolanti, affinché i prodotti ed i servizi acquisiti dalle pubbliche amministrazioni, mediante gli appalti pubblici, contengano caratteristiche ambientali nel rispetto dell’ambiente.

L’Italia ha recepito le indicazioni contenute in questa Comunicazione e si è impegnata ad elaborare ed aggiornare un Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nella Pubblica Amministrazione<sup>42</sup>.

Il PANGPP invita le Regioni a includere il GPP nella normativa regionale e settoriale così che le Amministrazioni Pubbliche integrino i criteri ambientali minimi<sup>43</sup> in tutte le fasi del processo di acquisto per orientare le scelte su beni e servizi che presentino caratteristiche ambientali, in linea con i principi dell’economia circolare.

Anche le Province ed i Comuni vengono invitati a conformarsi ai contenuti del PANGPP ed in particolare gli enti locali che hanno intrapreso un percorso di Agenda 21<sup>44</sup>. Così le Regioni hanno approvato Piani di azione<sup>45</sup> per gli acquisti pubblici ed

<sup>42</sup> Agenda 21 è il documento programmatico sottoscritto al termine della Conferenza sullo Sviluppo Sostenibile, organizzata dalle Nazioni Unite a Rio de Janeiro nel 1992 e risponde all’esigenza di tradurre gli obiettivi globali in azioni locali, perseguendo lo sviluppo sostenibile dal basso verso l’alto attraverso un processo condiviso, un approccio orizzontale che garantisca l’integrazione con le altre attività gestite dall’ente, la partecipazione di tutti i gruppi e le categorie sociali, la prospettiva globale e di lungo termine, la ricerca di soluzioni innovative. Ai percorsi di Agenda 21 possono aderire gli enti locali (Comuni, Province, Regioni).

<sup>43</sup> Regione Basilicata ha approvato il *Piano di Azione della Regione Basilicata per gli acquisti pubblici ecologici (PARB)* con DGR n. 368 del 11/05/2017; Regione Calabria ha adottato il *Piano d’Azione Triennale Green Public Procurement (GPP) – 2016/2018* con Delibera del Commissario Arpacal n° 645 del 8/9/2016.; Regione Lazio ha approvato il *Piano di Azione della Regione Lazio per l’attuazione del Green Public Procurement (PAR GPP) – 2017-2019* con D.G.R. 310/2017 ; Regione Puglia ha adottato il *Piano di Azione Regionale per gli acquisti verdi* con D.G.R. 24 luglio 2014, n. 1526 ai sensi della Legge Regionale 1 agosto 2006, n. 23 “*Norme regionali per la promozione degli acquisti pubblici ecologici e per l’introduzione degli aspetti ambientali nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche*”; Regione Veneto con D.G.R. n. 1606 / del 05/11/2019 ha approvato il *Piano d’Azione della Regione per l’attuazione del Green Public Procurement (PAR GPP)* per il Quinquennio 2019-2023 e programmazione delle attività per l’anno 2020.; Regione Liguria ha adottato il *Piano di Azione triennale per gli acquisti verdi 2017-2019* in attuazione dell’articolo 20 della legge regionale 13 agosto 2007, n. 31 (Organizzazione della Regione per la trasparenza e la qualità degli appalti e delle concessioni); Regione Sardegna ha approvato con D.G.R. n. 56/24 del 20.12.2017 il 2° *Piano per gli acquisti pubblici ecologici della Regione Sardegna* per il periodo 2017-2020. Regione Friuli Venezia Giulia con la DGR 367 del 23 febbraio 2018 la ha approvato il *Piano d’azione della Regione Friuli Venezia Giulia per gli acquisti verdi per il triennio 2018-2020*. Regione Lombardia *Piano d’Azione regionale per gli Appalti verdi (PAR GPP)* approvato con DGR del 26 maggio 2020 ; La Regione Toscana ha introdotto la dimensione ambientale negli appalti pubblici con la L.R. n.37 del 19/07/2012 “*Acquisti verdi e procedure per gli acquisti sostenibili nella pubblica amministrazione. Modifiche alla legge regionale 13 luglio 2007, n. 38 (Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro)*”

<sup>44</sup> I principi dell’economia circolare accolti dai piani di azione regionali si articolano in: sviluppare un’economia a basse emissioni di CO2 caratterizzata dalla competitività fornita dall’espansione di nuove tecnologie di produzione verdi ed attenta alle conseguenze sociali e alla promozione di occupazione e alla tutela dei lavoratori; ridurre ed ottimizzare le risorse impiegate nei processi produttivi, ridurre gli sprechi e ridurre gli impatti in fase di utilizzo; fissare azioni che guidano la transizione a livello locale verso l’economia circolare.

ognuno di questi piani accoglie i principi dell'economia circolare<sup>46</sup>. Alcune regioni poi, nei loro piani, hanno inserito azioni che insistono maggiormente verso l'economia circolare. La Regione Liguria, nel suo piano d'azione, dedica un intero paragrafo a descrivere il rapporto fra GPP ed economia circolare contribuendo in modo esplicito allo sviluppo territoriale dell'economia circolare. La Regione Sardegna con la recente L. R. 13/03/ 2018, n.8, "*Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*" all'art. 27 prevede che il Piano d'azione per gli acquisti verdi sia da approvarsi anche da parte delle amministrazioni con meno di 3000 abitanti.

Altre Regioni, invece, hanno operato in modo differente contribuendo diversamente ma sempre efficacemente allo sviluppo dell'economia circolare a livello locale. La Regione Emilia Romagna, ormai al Terzo Piano regionale triennale per la sostenibilità degli acquisti 2019 - 2021<sup>47</sup>, mira a raggiungere il 100% di acquisti verdi entro il 2021 per tutti i beni ed i servizi coperti dai CAM ed applica il Piano oltre che alle strutture regionali, anche a Province, Comuni e Unioni di Comuni, Acer, Università, Aziende Usl, Istituti assistenziali, Consorzi di bonifica e società a partecipazione pubblica. La Regione Piemonte anziché attraverso un piano d'azione incentiva gli acquisti verdi con l'adesione al progetto APE – Acquisti Pubblici Ecologici<sup>48</sup>. La Provincia Autonoma di Trento per la sua autonomia con una prima Delibera di Giunta del 2010 (DGP 885/2010) e con una successiva del 2012 (DGP 41/2012, che ha sostituito la precedente,) ha disposto, per le proprie strutture, l'acquisto verde in numerose categorie merceologiche recependo i CAM fissati dal

<sup>45</sup> Il Piano è stato predisposto in attuazione della Legge Regionale 29 dicembre 2009, n. 28 "*Introduzione di criteri di sostenibilità ambientale negli acquisti della Pubblica Amministrazione*"

<sup>46</sup> Questo progetto segue alla strategia della Città metropolitana di Torino all'interno dell'Agenda 21 provinciale che già nel 2003, in attuazione dell'obiettivo di promozione dei consumi più sostenibili e di ampliamento delle attività economiche legate a prodotti e servizi ad alto contenuto di innovazione ambientale, determina il Piano Strategico Provinciale per la Sostenibilità, e nella Scheda Azione 37 prevede la "*Riduzione dei consumi degli Enti pubblici e più efficace e capillare applicazione degli acquisti pubblici ecologici (GPP - Green Public Procurement)*". I partner di progetto definiscono in modo concertato una politica di acquisti sostenibili, racchiusa in un Protocollo d'Intesa per la promozione degli Acquisti Pubblici Ecologici che impegna all'introduzione nei propri acquisti di criteri ambientali. Inoltre, la Regione Piemonte aderisce al progetto CircPro che mira a promuovere la transizione verso un'economia più circolare aumentando l'attuazione degli Appalti Circolari (*Circular Procurement*)

<sup>47</sup> ROSARIO FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, Il Piemonte delle Autonomie - Rivista quadrimestrale di Scienze dell'Amministrazione, n.2/2018

<sup>48</sup> Sull'argomento si vedano: P. AGOSTINI, *Il programma di razionalizzazione degli acquisti della PA*. Ministero dell'economia e delle finanze. Potenza, 2008. Disponibile su: <http://www.sanita.basilicata.it/DNNSanita/iniziative/documenti/Potenza2Luglio2008PA>; F. BALDASSARRE E A. S. LABROCA, *Public procurement. Gli acquisti pubblici fra vincoli giuridici e opportunità gestionali*. Ifaber, Milano 2013; A. BARBERA, C. FUSARO *Corso di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna 2007; E. BORGONOVÌ, *Evoluzione delle funzioni delle amministrazioni pubbliche e cultura di management in Azienda Pubblica*. n. 2/2006; E. BORGONOVÌ, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Egea, Milano 2006; FORMEZ, *L'innovazione nei processi di acquisto della P.A. regionale e locale*, Roma 2004, Senato della Repubblica, *Relazione concernente i risultati ottenuti in materia di razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi per le pubbliche amministrazioni (anno 2018)*, Roma, 2019.

Ministero dell'ambiente e mantenendo i propri criteri ambientali solo in categorie per le quali non fossero stati approvati criteri ambientali a livello nazionale.

Dunque, la pianificazione sia a livello nazionale che regionale, fino a quello locale, come indica l'ampia rassegna di situazioni pianificatorie sopra esposte, dimostra di essere un buono strumento per la realizzazione concreta degli obiettivi politico/amministrativi degli enti istituzionali.

Riguardo all'ambiente la pianificazione rende concrete le azioni necessarie a realizzare la sostenibilità e la diffusione dell'economia circolare poiché, mediante le informazioni ricavate dal quadro delle interconnessioni dell'approccio sistemico, guida i decisori politici all'elaborazione di azioni che spingono le parti del sistema ad agire con comportamenti a favore dell'economia circolare<sup>49</sup>.

Le Regioni, in particolare, che all'interno della struttura politico/amministrativa rappresentano l'anello di congiunzione fra centro e periferie, fanno largo uso della pianificazione sia per realizzare obiettivi imposti a livello europeo e statale sia per incentivare e indurre gli altri enti locali a realizzarli.

Così la pianificazione regionale determina la connessione applicativa all'interno dell'approccio sistemico che interagisce con gli altri aspetti dello stesso e contribuisce a diffondere l'economia circolare a livello territoriale.

In particolare, i piani d'azione elaborati dalle Regioni, che insistono sull'approvvigionamento degli enti locali, realizzano i principi e gli obiettivi dell'Economia circolare nonché dello sviluppo sostenibile sia in senso verticale (Stato – Unione Europea ed enti locali) che orizzontale (produzione – consumo- mercato).

Infatti, intervengono realizzando gli obiettivi posti dagli enti superiori ed incentivando a raggiungere tali obiettivi gli enti inferiori.

Poi attraverso il mercato influenzano il consumo mediante l'acquisto di beni e servizi e la produzione da parte delle imprese, il tutto in una circolarità interconnessa che si alimenta costantemente.

---

<sup>49</sup> In materia di green public procurement per approfondimenti si veda: P. BERTAZZI, Il Green Procurement nella dimensione comunitaria, in Riv. trim.app., n.1/2005, F. SPAGNUOLO, Il Green Procurement e la minimizzazione dell'impatto ambientale nelle politiche di acquisto della pubblica amministrazione, in Riv. it. dir. pubbl. comun., n.2/2006.; M. CLARICH, La tutela dell'ambiente attraverso il mercato, Relazione al Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo su «Analisi economica e diritto amministrativo», Venezia 29 settembre 2006, in Dir. pubbl., n.1/2007, G. BELLOMO, Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello dell'ambiente, in Dir. pubbl. comp. eur., n.1/2008.; F. GAVERINI, Attività contrattuale della P.A. e protezione dell'ambiente: gli appalti verdi, in Riv. giur. edil., fasc. n.56/2009; F. DE LEONARDIS, Green public procurement: from Recommendation to Obligation, in International Journal of Public Administration, n.1/2011; G. FIDONE, Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti, in Riv. it. dir. pubbl. comun., n.5/2012.; E. BELLOMO, Il green public procurement nell'ambito della green economy, in Dir. proc. amm., 2013; B. FENNI, Il Green Public Procurement come strumento di sviluppo sostenibile in [www.AmbienteDiritto.it](http://www.AmbienteDiritto.it), 2014; A. CICCHINELLI, L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 2/2016.

## 5. L'uso efficiente delle risorse.

I piani di azione per gli acquisti sostenibili elaborati dalle Regioni hanno messo in luce due ulteriori aspetti di quell'approccio sistemico che permette di leggere il contributo degli enti locali nella diffusione del modello dell'economia circolare: l'approvvigionamento di beni e di servizi<sup>50</sup> e lo strumento che opera e rende concreti i risultati dell'approvvigionamento il GPP – *Green Public Procurement*<sup>51</sup>. Entrambe questi aspetti favoriscono la diffusione territoriale dell'Economia Circolare:

- la programmazione e le modalità di approvvigionamento sono in grado di orientare i consumi e la produzione verso la circolarità in quanto permettono la conservazione e la razionalizzazione delle risorse;
- il GPP - *Green Public Procurement*, quale strumento operativo lungo la catena dell'approvvigionamento, persegue il modello dell'economia circolare favorendo l'acquisto di beni e servizi secondo CAM che contengono requisiti circolari.

### 5.1. Approvvigionamento verde.

L'attività di approvvigionamento è svolta dalla Pubblica Amministrazione a tutti i suoi livelli, dallo Stato centrale fino agli enti periferici come i comuni.

Attraverso l'approvvigionamento la Pubblica Amministrazione effettua il reperimento delle materie prime, beni e servizi necessari al suo funzionamento<sup>52</sup>. Il volume degli approvvigionamenti pubblici nell'Unione Europea interessa un

---

<sup>50</sup> Il processo di acquisto che caratterizza l'approvvigionamento si snoda dal momento in cui nasce il bisogno dell'utente fino allo sviluppo di azioni correttive per allineare le prestazioni del fornitore agli obiettivi prefissati dall'ente mediante una logica sequenziale di decisioni, quali la definizione delle specifiche di acquisto, la ricerca e la selezione del fornitore e la negoziazione delle condizioni contrattuali, e di attività operative per il rifornimento, la formalizzazione scritta dell'ordine, la spedizione e la valutazione del dopo acquisto. Quindi, il processo di approvvigionamento richiede agli organi della Pubblica Amministrazione di utilizzare la necessaria discrezionalità per compiere scelte funzionali agli obiettivi che l'ente stesso si prefigge come ad esempio l'orientamento verso l'acquisto di prodotti verdi in nome della sostenibilità verso un'economia circolare. Si veda: FORMEZ, L'innovazione nei processi di acquisto della P.A. regionale e locale, Roma 2004.

<sup>51</sup> Dati ISTAT 2016

<sup>52</sup> La Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare per un'Europa più pulita e più competitiva” Bruxelles, 11.3.2020 COM(2020) 98 final il cui obiettivo è garantire che le risorse utilizzate siano mantenute nell'economia europea il più a lungo possibile, sviluppa le iniziative previste attraverso il coinvolgimento della comunità imprenditoriale e degli stakeholder ponendo particolare attenzione al cittadino/consumatore che avrà accesso ad informazioni sulla sostenibilità dei prodotti per effettuare scelte responsabili dal punto di vista ambientale verso un'economia circolare.

fatturato di 105 miliardi di euro l'anno e in Italia di 90,7 miliardi<sup>53</sup>. Si comprende perciò quanto il settore degli acquisti pubblici giochi un ruolo orientativo determinante nel mercato economico e possa incidere anche sugli orientamenti produttivi del mercato privato.

L'Unione Europea, attraverso la produzione di norme e documenti, ha costruito le condizioni per orientare gli acquisti di prodotti e servizi nella Pubblica Amministrazione e per intraprendere una politica di approvvigionamenti, servizi e forniture connotata da elementi innovativi di sostenibilità ambientale e sociale senza trascurare l'apporto dei consumatori<sup>54</sup>.

Il principale passaggio riguardo gli approvvigionamenti è rappresentato dal *Libro Verde sulla Politica Integrata di Prodotto – 2001 (Integrated Product Policy – IPP)* dove l'attenzione è concentrata sul sistema-prodotto e sui tanti strumenti che, agendo sulla domanda e sull'offerta, favoriscono l'estensione del mercato di prodotti e servizi sostenibili.<sup>55</sup>

In Italia l'approvvigionamento di beni e servizi sostenibili passa attraverso il Nuovo Codice dei Contratti, con la regolazione del GPP, ed il PAN GPP. Entrambe recepiscono ed applicano le indicazioni della normativa europea. In particolare, l'art.21 del d.lgs 50/16 "*Programma delle acquisizioni delle stazioni appaltanti*" afferma, al comma 1, che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di pianificazione degli acquisti<sup>56</sup> "*Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori adottano il programma*

<sup>53</sup> Nel documento si afferma un approccio che tiene conto dell'impatto complessivo dei prodotti e delle attività (Life Cycle Thinking) e che si avvale dello strumento dell'Analisi del Ciclo di Vita - LCA per misurare la quantità di risorse utilizzate (immissioni) e la quantità e tipologia di materie rilasciate (emissioni) nel corso dell'intero processo di produzione (dall'utilizzo delle materie prime alle modalità di smaltimento e riciclaggio, passando per le fasi di trasformazione e distribuzione). In quest'ottica, assume rilevanza il ruolo di tutti i diversi attori coinvolti nel mercato di produzione e scambio: dalle istituzioni politiche, ai produttori, fornitori, associazioni e consumatori.

<sup>54</sup> La Pubblica Amministrazione Italiana nel tempo è stata interessata da una rivoluzione della cultura della organizzazione delle attività amministrative e che ha interessato anche il processo di acquisto di beni e di servizi. Nel contesto della pubblica amministrazione impegnata anche a contenere e razionalizzare la spesa in modo sostenibile nonché ad offrire con una giusta organizzazione delle risorse i servizi più adeguati ai propri cittadini, hanno assunto rilevanza i concetti di pianificazione e programmazione degli acquisti. Nel 2000 è stato messo in opera il "Programma per la razionalizzazione degli acquisti della P.A." con il principale scopo di razionalizzare la spesa di beni e servizi delle Pubbliche Amministrazioni, migliorando la qualità degli acquisti e riducendo i costi, nonché di semplificare e di rendere più rapide e trasparenti le procedure di approvvigionamento pubblico.

<sup>55</sup> Questo articolo è rafforzato dal d.m. n. 14 del 16 /01/2018, "Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuale" che prevede l'obbligo, divenuto effettivo a partire dall'esercizio finanziario 2018, per il periodo di programmazione 2019-2020. In precedenza l'art. 271 del d.p.r. 207/2010 prevedeva la facoltà, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di approvare un programma annuale per gli affidamenti, di programmazione biennale per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a € 40.000.

<sup>56</sup> Riguardo al Circular Public Procurement si veda: M. BIGI, G. RIDOLFI, F. D'ADDATO, Dal Green Procurement al Circular Green procurement – promuovere l'economia circolare attraverso l'evoluzione degli acquisti verdi – Agende 21 locali italiane – Werner e Mertz Professional – 2017; J MERVYN, I. KINCH SOHN E A.-M. LYSEMOSE BENDSEN, SPP Regions, Circular Procurement Best Practice Report, ICLEI, Bruxelles 2017; S.

biennale degli acquisti di beni e servizi ...I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio.”<sup>57</sup>. Dunque, in Italia, le Istituzioni dello Stato dagli uffici centrali agli uffici periferici, compresi gli enti locali, attraverso la programmazione degli acquisti pubblici, raggiungono gli obiettivi della razionalizzazione e conservazione delle risorse orientandosi verso l’acquisto di prodotti a minor impatto ambientale.

## 5.2. II CPP – Circular Public Procurement<sup>58</sup>.

Gli appalti pubblici rappresentano per il consumo europeo il 14% del PIL<sup>59</sup>. Quindi nelle indicazioni normative dell’Unione Europea e degli Stati membri diventano una leva importante per la realizzazione degli obiettivi di sostenibilità e qualora includessero i requisiti di circolarità (riparabilità, durabilità, riciclabilità, ecc.) svolgerebbero un ruolo chiave nel favorire la transizione verso l’economia circolare.

Il passaggio dal Green public Procurement al Circular Public Procurement<sup>60</sup> è ben evidenziato nella guida promossa dall’UE “*Appalti pubblici per un’economia circolare. Buone prassi e orientamenti*” dove si definisce appalto circolare “... il processo tramite il quale le autorità pubbliche acquistano lavori, beni o servizi che cercano di contribuire a cicli chiusi di energia e materiali nelle catene di approvvigionamento, riducendo nel contempo al minimo, e nel migliore dei casi evitando, gli impatti ambientali negativi e la creazione di rifiuti nell’intero ciclo di vita di tali lavori, beni o servizi.”

Dunque, in fase di approvvigionamento bisognerà inserire nell’appalto pubblico elementi utili ad individuare beni, servizi o lavori che già nella loro definizione contengono requisiti di circolarità.

I criteri ambientali coprono varie categorie di prodotti/servizi, 20 gruppi di

DAHL SÖNNICHSEN J. CLEMENT, Revisione degli appalti pubblici verdi e sostenibili: verso appalti pubblici circolari in *Journal of Cleaner Production*, Volume 245, 1 febbraio 2020 ; K. ALHOLA, H. SALMENPERÄ, S.-O RYDING, N. J BUSCH. *Circular Public Procurement in the Nordic Countries*, Nordic co-operation, Terna nord 2017.

<sup>57</sup> Da Rapporto sull’economia Circolare In Italia. Con Focus sulla bioeconomia 2020 – CEN ( Circular Economy Network) ed ENEA (Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l’energia e lo sviluppo economico sostenibile).

<sup>58</sup> Gli appalti pubblici circolari svolgono altresì un ruolo nel conseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile, definiti dall’Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile. In particolare, l’obiettivo 12 “Garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo” include un obiettivo specifico relativo alla promozione di pratiche di appalti pubblici sostenibili, in conformità con le politiche e le priorità nazionali. Per i Criteri ambientali europei si veda: [http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm)

<sup>59</sup> Per i Criteri ambientali europei si veda: [http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu\\_gpp\\_criteria\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm)

<sup>60</sup> In Italia, l’efficacia dei CAM è stata assicurata grazie all’art. 18 della L. 221/2015 e, successivamente, all’art. 34 recante “Criteri di sostenibilità energetica e ambientale” del d.lgs. 50/2016 “Codice degli appalti” (modificato dal d.lgs 56/2017), che ne hanno reso obbligatoria l’applicazione da parte di tutte le stazioni appaltanti. <http://www.minambiente.it/pagina/i-criteri-ambientali-minimi>. Per approfondimenti si rinvia a T. CELLURA, *L’applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, Collana Appalti e Contratti, Maggioli Editore, Rimini, 2018.

prodotti per l'Unione Europea<sup>61</sup> e 17 categorie per i criteri ambientali minimi in Italia<sup>62</sup>. I CAM possono essere inseriti nelle diverse fasi del bando pubblico e si distinguono in criteri di base e criteri generali o premianti<sup>63</sup>. Un interessante studio presente nel documento CESME<sup>64</sup> mette a confronto 9 CAM italiani riguardo agli aspetti della circolarità<sup>65</sup> in essi inclusi individuando, quale prevalente, quello dell'utilizzo dei materiali riciclati o rigenerati con un leggero discostamento nel settore dell'edilizia che include anche il criterio della disassemblabilità<sup>66</sup>.

Dunque, gli appalti pubblici circolari integrati con CAM dalle caratteristiche circolari vengono implementati nelle attività di approvvigionamento degli enti locali che in questo modo contribuiscono alla transizione verso l'economia circolare adempiendo alle vigenti indicazioni politico – normative.

<sup>61</sup> I criteri di base permettono alle amministrazioni di selezionare prodotti/servizi migliori sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita. I criteri premianti permettono alle amministrazioni di selezionare prodotti/servizi con prestazioni ambientali migliori di quelle garantite dalle specifiche tecniche.

<sup>62</sup> CESME - Circular Economy for SMEs è parte del Piano di Azione che ERVET ha elaborato nell'ambito del progetto Interreg Europe <https://www.interregeurope.eu/cesme/>. In particolare rappresenta l'Azione 3, azione di informazione/formazione rivolta agli enti pubblici, per diffondere una maggiore consapevolezza sulla fondamentale spinta che il GPP può imprimere nella transizione verso un'economia circolare. (Action Plan – Action 3 Information and Training Activities Targeted to public institutions / Attività di formazione e informazione rivolte alle istituzioni).

<sup>63</sup> Recentemente sono stati pubblicati in GU n. 90 del 4 aprile 2020 i nuovi Criteri Ambientali Minimi (CAM) relativi a due settori economicamente molto importanti, ovvero il verde pubblico e la ristorazione collettiva. Nel primo il Decreto verde pubblico si favoriscono i processi di economia circolare attraverso la promozione del compostaggio, l'impiego di sistemi che garantiscano l'efficienza degli impianti di irrigazione, l'utilizzo di fonti di energia rinnovabile per il riscaldamento delle serre, l'incentivo alla produzione biologica. Nel secondo Decreto ristorazione collettiva per l'economia circolare si inserisce sostegno alla filiera agroalimentare italiana, con particolare attenzione alle produzioni locali, a chilometri zero, al biologico, fino ai prodotti ittici con l'obiettivo a lungo termine di far sviluppare allevamenti più sostenibili.

<sup>64</sup> Ancora relativamente ai criteri il documento CESME (Cfr nota 65) individua anche differenti modelli o livelli per l'attuazione degli appalti circolari. Il modello che riguarda il prodotto si concentra sulle specifiche tecniche dei prodotti che i fornitori delle autorità pubbliche possono essi stessi acquistare più a valle nella catena di approvvigionamento. Il modello a riguardo al fornitore riprende le modalità mediante le quali i fornitori possono sviluppare la circolarità nell'ambito dei propri sistemi e processi affinché i prodotti e i servizi offerti soddisfino i criteri degli appalti circolari. L'ultimo modello si discosta dai precedenti in quanto riguarda i metodi contrattuali che l'organizzazione acquirente può utilizzare per garantire la circolarità ad esempio accordi di ritiro stipulati con i fornitori, nel contesto dei quali alla fine del ciclo di vita il prodotto viene restituito al fornitore affinché possa essere riutilizzato, rifabbricato o riciclato; sistemi prodotto/servizio, nei quali il contratto prevede la fornitura tanto di servizi quanto di prodotti.

<sup>65</sup> Dati ANAC – 2016.

<sup>66</sup> I risultati degli stati dei Piani d'azione Regionali, capaci di fornire agli enti locali le informazioni per procedere alle scelte ed alle decisioni in merito ai Piani successivi provengono da un accurato monitoraggio previsto in una apposita sezione di ogni Piano d'azione Regionale.

### 5.3. Risorse ed approccio sistemico.

Gli enti locali muovono un fatturato, nell'acquisto di beni e servizi, pari a 248 miliardi di euro l'anno (circa il 17% del PIL nazionale)<sup>67</sup>.

Pertanto, l'approccio sistemico relativo alla diffusione del modello dell'economia circolare da parte degli enti locali non può trascurare l'approvvigionamento di beni e servizi e conseguentemente il GPP/CPP. Una lettura più mirata dei Piani di Azione di alcune Regioni rileva la manifesta interconnessione di questi due aspetti fra loro nonché con gli altri aspetti dell'approccio sistemico. Ad esempio, il Piano di azione della Regione Lombardia prevede una serie di azioni che promuovano gli acquisti verdi incentivando pratiche sostenibili all'interno degli uffici pubblici.

Quindi, favorisce l'applicazione dei criteri ambientali nella programmazione e negli strumenti di pianificazione regionali e locali.

Pertanto, afferma il piano che *“Il corretto inserimento dei CAM nei bandi di gara, l'applicazione di buone pratiche, la previsione di azioni innovative sotto il profilo ambientale, dovranno essere assunte da Regione Lombardia e dagli Enti locali e territoriali quali condizioni di base anche nell'implementazione delle proprie politiche di sviluppo economico e territoriale, affinché il GPP diventi un principio ispiratore trasversale a tutti i settori.”* In questo modo le azioni previste dal Piano, quale provvedimento politico/amministrativo, sono rivolte sia ad implementare il GPP nelle consuetudini d'acquisto delle stazioni appaltanti sul territorio regionale, sia a raggiungere elevati livelli di sostenibilità ambientale del complesso delle attività degli Enti realizzando in modo indiretto la diffusione dell'economia circolare. La Regione Emilia Romagna nel Piano triennale 2019/2021 rende esplicita la sua posizione e dichiara che attraverso il Piano intende favorire un percorso che porti a consolidare ulteriormente la propria politica di *Green Public Procurement* e rafforzare la *green economy* e l'economia circolare. Quindi, il Piano si prefigge di rafforzare la politica degli acquisti sostenibili in tutto il territorio regionale sia in ambito pubblico che privato, consolidando le esperienze già maturate con i precedenti Piani così che gli acquisti verdi diventino prassi comune e ordinaria. Infine, anche il Piano della regione Veneto, attraverso la diffusione di buone pratiche di consumo, intende consolidare la politica sugli acquisti verdi supportando così la transizione verso un modello di economia circolare. Inoltre, il piano di azione Veneto riconosce in modo manifesto il Circular Public Procurement quale approccio agli acquisti verdi nella transizione verso l'economia circolare.

---

<sup>67</sup> La Direttiva sugli Appalti pubblici 2014/24/UE, nel Considerando 47, raccomanda l'utilizzo degli appalti innovativi sostenendo che *“... le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione. L'acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale”*

Dunque, secondo l'approccio sistemico: le Regioni attraverso l'input politico/regolativo provvedono ad elaborare Piani in cui le azioni e le modalità di approvvigionamento mediante il GPP/PPP portano alla realizzazione concreta, sul territorio, della sostenibilità e conseguentemente alla diffusione del modello di economia circolare.

Poi i risultati positivi<sup>68</sup> diventano l'incentivo affinché il processo si ripeta in un loop continuo e di miglioramento progressivo.

## 6. L'appalto *pre-commercial procurement circular*.

L'approccio sistemico però non è completo se non si considera l'aspetto della ricerca e dello sviluppo nonché l'elemento innovazione.

I prodotti ed i servizi esistenti sul mercato non sempre soddisfano le richieste riguardo a caratteristiche sostenibili nell'ottica della circolarità dunque è necessario eseguire ricerche e trovare soluzioni innovative.

Così la pubblica amministrazione richiederà soluzioni innovative o migliorative per prodotti e servizi rispondenti ai criteri del modello economico circolare. Poiché l'approvvigionamento avviene attraverso lo strumento degli appalti pubblici, l'appalto *pre-commercial* può essere visto come lo strumento dell'approvvigionamento dell'innovazione<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Per approfondimenti sul Pre Commercial Procurement si veda S. BOLOGNINI. Il pre-commercial procurement come strumento di politica per l'innovazione: caratteristiche, diffusione e problemi, in *Economia Marche Journal of Applied Economics*, Vol. XXXIX, n.1/2020; M. COMBA., Appalti pubblici per l'innovazione, in *Il diritto dell'economia*, n.1/2020, STEM Mucchi Editore, Modena; Quaderni Innovazione Collana del Progetto Sostegno alle politiche di ricerca e innovazione delle Regioni - Gli appalti pre-commerciali per il finanziamento dell'innovazione nelle Regioni – Foresight tecnologico a livello regionale – Progettazione e coordinamento Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'Innovazione, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Rubbettino Editore, Milano 2012 [www.rubbettino.it](http://www.rubbettino.it); R. SPALLONE, A. FILIPPETTI, F. TUZIA, La domanda pubblica d'innovazione: verso un Piano d'azione per il procurement di Ricerca e Sviluppo in Italia", <http://www.dsu.cnr.it/relazione-ricerca-innovazione-2019/index.html>; M. NULLI, Pre-commercial procurement: indicazioni di sistema e prime sperimentazioni, in G. A. BENNACCHIO E M. COZZIO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, EGEA, Milano 2012.

<sup>69</sup> Cfr la Comunicazione " ...il termine "appalto pre-commercial" mira a descrivere un approccio all'aggiudicazione di appalti di servizi di R&S diverso da quelli "i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione" e che non costituisce un aiuto di Stato. Più precisamente, nell'appalto pre-commercial: "1) il campo di applicazione è limitato ai servizi di R&S: la R&S può coprire attività che vanno dalla ricerca, all'elaborazione di soluzioni, alla messa a punto di prototipi fino allo sviluppo iniziale di quantità limitate di primi prodotti o servizi in forma di serie sperimentali...2) si applica la condivisione dei rischi e dei benefici: nell'appalto pre-commercial, l'acquirente pubblico non riserva al suo uso esclusivo i risultati delle attività di R&S. Le autorità pubbliche e le imprese condividono i rischi e i benefici delle attività di R&S necessarie allo sviluppo di soluzioni innovative, più efficienti di quelle disponibili sul mercato; 3) appalti competitivi miranti a evitare gli aiuti di Stato: organizzando la condivisione dei rischi e dei benefici, nonché l'intera procedura dell'appalto in modo da garantire il massimo di concorrenza, trasparenza, apertura, correttezza e

La tipologia contrattuale dell'appalto pre-commerciale permette di inventare e sperimentare nuove modalità di produzione, organizzazione ed esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo i caratteri dell'economia circolare<sup>70</sup>.

L'Unione Europea ha iniziato a distinguere fra l'appalto tradizionale e le procedure speciali di acquisto d'innovazione con la Comunicazione della Commissione Europea 14.12.2007 - COM (2007) 799 «*Appalti pre commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*». La Comunicazione introduce il concetto di appalto pre-commerciale, quale procedura per l'acquisto di servizi di ricerca e sviluppo finalizzata alla produzione o al sostanziale miglioramento di beni e servizi innovativi e ne definisce le principali caratteristiche<sup>71</sup>.

La successiva Direttiva 2014/24/UE, all'art. 14<sup>72</sup>, ha disciplinato l'ambito di applicazione dell'appalto pre commerciale, rispetto alla disciplina sui contratti pubblici ad oggi tale norma è stata recepita nel nostro ordinamento dall'art. 158 comma 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici d.lgs n.50/2016 che ha ripreso i contenuti della disposizione europea citata<sup>73</sup>.

Dunque, attraverso l'appalto pubblico pre commerciale vi è la possibilità di sperimentare soluzioni alternative, valutarne i vantaggi, gli svantaggi e i costi prima ancora di impegnarsi nell'acquisto di una fornitura di massa. Inoltre, l'appalto pubblico pre commerciale prevede la condivisione dei rischi e dei benefici alle condizioni di mercato tra pubblica amministrazione e concorrenti. Infatti, diverse imprese sono chiamate a sviluppare, in modo parallelo e concorrente, soluzioni

fissazione dei prezzi alle condizioni di mercato, l'acquirente pubblico può individuare le soluzioni migliori che il mercato è in grado di offrire.”

<sup>70</sup> Art. 14 Direttiva UE n.24 del 2014 – “Servizi di ricerca e sviluppo - La presente direttiva si applica solamente ai contratti per servizi di ricerca e sviluppo identificati con i codici CPV da 73000000- 2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 o 73430000-5, purché siano soddisfatte entrambe le condizioni seguenti: a) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, e b) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice.”

<sup>71</sup> Art. 158 comma 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici d.lgs n.50/2016 “...“ le stazioni appaltanti possono ricorrere, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 4 del presente codice, agli appalti pubblici pre commerciali, destinati al conseguimento di risultati non appartenenti in via esclusiva all'amministrazione aggiudicatrice e all'ente aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività e per i quali la prestazione del servizio non è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'ente aggiudicatore, così come definiti nella comunicazione della Commissione europea COM 799 (2007) del 14 dicembre 2007, nelle ipotesi in cui l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato”

<sup>72</sup> A tal proposito la Comunicazione della Commissione Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione Bruxelles, 15.5.2018 C(2018) 3051 final nel paragrafo 4.2.3.2 dedicato all'Appalto pre-commerciale sottolinea tutta una serie di vantaggi derivanti dalla ripartizione dei benefici: dalle nuove soluzioni applicate per soddisfare le esigenze dell'acquirente pubblico alla possibile riduzione del tempo di commercializzazione.

<sup>73</sup> Sotto un profilo operativo, sono disponibili vari manuali pubblicati in ambito comunitario sul tema degli appalti pre commerciali. In particolare si richiama l'attenzione al documento “Driving energy efficient innovation through procurement: A practical guide for public authorities”- The SMART SPP consortium, c/o ICLEI – Local Governments for Sustainability, 2011 Il documento descrive linee guida utili e pratiche su come promuovere l'innovazione in tema di green economy.

innovative, non ancora presenti sul mercato, idonee a fronteggiare i nuovi fabbisogni di innovazione del settore pubblico.<sup>74</sup>

Attraverso l'appalto pre commerciale<sup>75</sup> si stimola la competitività si sviluppano servizi di elevata qualità a minore costo, si creano nuovi mercati di sbocco di beni e servizi ad alto contenuto innovativo<sup>76</sup>. Nel 2018 il valore complessivo degli appalti di ricerca e sviluppo in Italia ammontava a circa 176 milioni di euro, cioè circa lo 0,15 % del valore totale dei beni e servizi acquistati dalla pubblica amministrazione. Stimato in non meno di 150 miliardi di euro<sup>77</sup>, il settore degli appalti di ricerca e sviluppo evidenzia ancora una certa marginalità anche se si moltiplicano le prassi virtuose per la sperimentazione di procedure e soluzioni nuove, nell'ottica di una maggiore efficienza e sostenibilità come si può riscontrare nel portale dell'Agenzia per l'Italia Digitale<sup>78</sup>.

Il ruolo dell'Agenzia per l'Italia Digitale è fondamentale poiché supporta le amministrazioni pubbliche che programmano o realizzano appalti pre-commerciali. Infatti, previo accordo con le amministrazioni, AgID può aggiudicare i singoli appalti quale centrale di committenza della Regione o della diversa amministrazione pubblicacompetente alla relativa gestione. Infine, il dato che mette in evidenza che il

<sup>74</sup> Inoltre, gli appalti pre-commerciali, sempre in tema di economia circolare e sostenibilità ambientale, costituiscono uno strumento per lo sviluppo di soluzioni innovative per la soddisfazione delle esigenze di efficientamento energetico e lotta al cambiamento climatico delle amministrazioni come stabilito dalle indicazioni fornite dall'ANAC mediante il Comunicato del 9 marzo 2016 "Manuale sulla qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro" In questo comunicato l'ANAC ha elencato nuove tipologie di servizi di ricerca e sviluppo tecnologico che possono costituire oggetto di Pre-commercial Procurement tra cui quelli relativi a:

- area sanitaria, per assicurare cure di elevata qualità a prezzi accessibili
- efficientamento energetico
- sostenibilità ambientale e lotta ai cambiamenti climatici.

[https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/\\_Atto?ca=6446](https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=6446). Riguardo al cambiamento climatico a titolo di esempio si veda anche il caso della Lombardia in M. MASSIMO, L. CARPINETI, Il manuale degli appalti verdi, pag.55, BOX 5.3 – Case study – L'appalto pubblico pre-commerciale pubblicato in Regione Lombardia che ha inserito in una procedura di gara pre commercial temi di sostenibilità ambientale.

<sup>75</sup> Rapporto OECD, 2017.

<sup>76</sup> Dal sito istituzionale <https://www.agid.gov.it/it> L'Agenzia per l'Italia Digitale è stata istituita con Decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 (PDF) - "Misure urgenti per la crescita del Paese" (convertito con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134) . E' sottoposta ai poteri di indirizzo e vigilanza del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro da lui delegato. Ha il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana e contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica. Supporta i territori nell'attuazione delle Agende digitali locali secondo le linee di azione della strategia di Crescita digitale 2014-2020 e del Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione.

<sup>77</sup> Relazione sulla ricerca e l'Innovazione in Italia - Analisi e dati di Politica della Scienza e della Tecnologia – seconda edizione 2019 – Consiglio nazionale delle Ricerche – CAP4, R. SPALLONE, A. FILIPPETTI, F. TUZIA, La domanda pubblica d'innovazione: verso un Piano d'azione per il procurement di Ricerca e Sviluppo in Italia.

<sup>78</sup> Le modalità regolative attraverso cui le Regioni offrono un input all'utilizzo del PCP per stimolare il mercato dei prodotti e dei servizi e conseguentemente la diffusione dell'economia circolare passano per i Piani d'azione per gli acquisti sostenibili, i Piani strategici di sviluppo dei territori regionali, i Piani per la Smart Specialisation Strategy (S3), i PON/FESR per l'implementazione delle politiche di coesione.

37%<sup>79</sup> degli appalti di ricerca e sviluppo avviene a livello locale ci permette di comprendere l'importanza di tale aspetto nel contributo che gli enti locali e soprattutto le amministrazioni regionali recano nella diffusione dell'economia circolare. Questo aspetto si inserisce nell'approccio sistemico per cui l'ente locale emette l'input regolativo, innesca il processo di approvvigionamento e attraverso il PCP chiede ai fornitori prodotti e servizi innovativamente sostenibili. In questo modo si stimola il mercato verso una produzione circolare. L'input regolativo riguarda in particolare le Regioni<sup>80</sup>. Ad esempio, la Regione Lombardia con la l.r. n.29/2016 "*La Lombardia è ricerca e innovazione*" prevede che il programma strategico definisca una soglia di spesa non inferiore al 3% per l'acquisto di beni, servizi e lavori da destinare all'acquisto di soluzioni innovative e prodotti della ricerca anche attraverso gli appalti pre-commerciali. La Valle d'Aosta con il "*Piano strategico di posizionamento e sviluppo del territorio*" approvato dalla Giunta regionale con deliberazione n. 1043 l'11/04/2008 collega l'appalto pre commerciale ai settori dell'inclusione, della sanità, dei trasporti e della sicurezza. La Regione Puglia, invece, sposa l'appalto pre-commerciale nell'ambito del programma operativo regionale FESR 07/13, declinandolo espressamente fra gli appalti pubblici per l'innovazione e facendo leva sul ruolo di cliente intelligente della pubblica amministrazione e sull'importanza di far lavorare in parallelo più imprese. La Regione Emilia Romagna nel "*Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi pubblici in Emilia Romagna per il triennio 2016-2018*" dedica al PCP un interno paragrafo e ribadisce che nelle politiche di GPP, si potrebbe valutare opportunamente l'inserimento del PCP, come possibile sviluppo del filone relativo alla Ricerca e Sviluppo, per trovare soluzioni innovative non ancora presenti sul mercato e per le quali è prevista una produzione limitata di prodotti nell'ambito di servizi sperimentali. La Regione Basilicata nel redigere la *Strategia regionale per l'Innovazione e la Specializzazione Intelligente 2014-2020* ha adottato l'appalto pre-commerciale quale strumento idoneo a promuovere e qualificare la domanda di innovazione nel territorio, e veicolo di

---

<sup>79</sup> Da <https://www.researchitaly.it/smart-specialisation-strategy/>. Il concetto di Smart Specialisation Strategy (SSS) è stato elaborato a livello europeo e indica strategie d'innovazione - flessibili e dinamiche - concepite a livello regionale ma valutate e messe a sistema a livello nazionale con l'obiettivo di: evitare la frammentazione degli interventi e mettere a sistema le politiche di ricerca e innovazione; sviluppare strategie d'innovazione regionali che valorizzino gli ambiti produttivi di eccellenza tenendo conto del posizionamento strategico territoriale e delle prospettive di sviluppo in un quadro economico globale. All'interno del nuovo ciclo di programmazione della Politica di Coesione 2014-2020 si prevede che le autorità nazionali e regionali mettano a punto strategie di ricerca e innovazione per la "specializzazione intelligente", al fine di consentire un utilizzo più efficiente dei fondi strutturali e un incremento delle sinergie tra le politiche comunitarie, nazionali e regionali. Perciò le Regioni di tutti gli Stati membri sono chiamate a redigere un documento che delinei la propria Smart Specialisation Strategy, identificando i vantaggi competitivi e le specializzazioni tecnologiche più coerenti con il loro potenziale di innovazione e specificando gli investimenti pubblici e privati necessari a supporto della strategia.

<sup>80</sup> Il principio delle 3R viene adottato nella Direttiva quadro sui rifiuti 2008/98/CE

approvvigionamento dell'innovazione da parte degli enti pubblici. Infine, le regioni Lazio e Liguria hanno inserito il PCP nei documenti che illustrano la *Smart Specialisation Strategy (S3)*<sup>81</sup>. Entrambe privilegiano il PCP per gli acquisti innovativi poiché una qualificazione della domanda permette una qualificazione dell'offerta e rappresenta un volano per gli investimenti privati e soluzioni di *circular economy*.

Dunque, il *Pre Commercial Procurement* sebbene esuli dalla tradizionale normativa sugli appalti e punti su soluzioni innovative, si sposa perfettamente con le esigenze dell'economia circolare quale modello economico verso cui tendono sia l'Unione Europea che l'Italia.

Infatti, l'economia circolare richiede servizi e prodotti che soddisfino i principi delle 3R ( Ridurre, Riutilizzare, Riciclare)<sup>82</sup> passando per il loro ciclo di vita così da impattare il meno possibile sull'ambiente con soluzioni nuove che attualmente non esistono o che ci sono ma vanno migliorate.

Gli enti locali possono ampliarne l'uso inserendo nei loro protocolli di acquisto il PCP quale strumento per l'approvvigionamento innovativo. Secondo l'ottica sistemica con cui abbiamo proceduto fino ad ora sono ancora le Regioni che dopo

---

<sup>81</sup> Riguardo all'economia circolare, al ruolo delle regioni e degli appalti pubblici nella diffusione territoriale dell'economia circolare vale la pena fare un breve confronto con la vicina Francia. Nel codice dell'ambiente francese consolidato al 1 marzo 2020 si afferma che l'obiettivo di uno sviluppo sostenibile sarà raggiunto in coerenza con una serie di impegni fra cui la transizione verso un'economia circolare. A tal proposito l'art. L 110-1-1 dopo aver ricordato cosa significa passare da un'economia lineare ad un'economia circolare elenca una serie di strumenti fra cui l'appalto pubblico sostenibile mediante cui è possibile concretizzare il passaggio verso un'economia circolare. La Comunicazione della Commissione al Parlamento UE del Riesame delle politiche ambientali negli stati membri per il 2019, nella parte dedicata alla Francia evidenzia che la riorganizzazione delle Regioni nel 2015 ha fatto dell'economia circolare una delle loro priorità nelle strategie di innovazione. Infatti, con la legge Noitre del 2015 gli enti locali sono stati ridefiniti nelle loro competenze ed in particolare alle Regioni spetta la competenza sullo sviluppo sostenibile del territorio e l'implementazione dell'economia circolare. Attraverso il Consiglio economico sociale ed ambientale della regione ( CGCT Art. L. 4134-1) che ha un ruolo consultivo verso le politiche regionali, la stessa si occupa dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile dell'ambiente suggerendo, mediante linee guida e altri documenti orientativi, le azioni per realizzare uno sviluppo sostenibile verso l'economia circolare. Nella Tabella di marcia sulle misure per l'economia circolare del 2018 di cui si è dotata la Francia si afferma che si vuole fare degli appalti pubblici una leva per sviluppare l'economia circolare. In seguito si fissano le azioni fra cui l'integrazione dell'economia circolare nelle strategie di appalto pubblico attraverso gli acquisti pubblici responsabili e lo schema di promozione degli appalti pubblici socialmente e ecologicamente responsabili. Pertanto le Regioni francesi emanano documenti nei quali adottano gli SPASER ( esempi ne sono le regioni dell'Ile de France, Nouvelle Aquitaine, centre Val de Loire , Rhone -Alpes, ecc ) riguardo allo sviluppo economico sostenibile e dell'economia circolare. Al 31 dicembre 2019, 32 enti locali, cioè il 20% del totale degli enti locali obbligati hanno sottoscritto e adottato lo SPASER. Quest'ultimo è lo schema di promozione degli appalti pubblici socialmente ed ecologicamente responsabili regolato dall'art. L.2111-3 del codice degli appalti pubblici francesi e stabilisce che gli enti locali che superano la soglia di acquisti determinata da apposito decreto utilizzeranno tale schema. Ad oggi la soglia è fissata per un ammontare di 100 milioni di euro (décret n° 2015-90 du 28 janvier 2015).

<sup>82</sup> A tal proposito si veda C. CUSUMANO, L'attività discrezionale della P.A., in *Diritto.it*, Maggioli editore, 2018, <https://www.diritto.it/lattivita-discrezionale-della-p/>, P. VIRGA , *Diritto amministrativo*, Giuffrè editore, Milano 1992 per cui Il potere discrezionale è il potere della Pubblica Amministrazione di valutare le soluzioni possibili entro un margine stabilito di volta in volta dalla legge la quale consente all'autorità amministrativa di determinare in concreto uno o più elementi dell'atto. Cfr anche Nota n.23.

aver emesso l'input regolativo stimolano il mercato con la domanda di prodotti sostenibili innovativi in linea con i principi dell'economia circolare.

Così, a cascata, si generano le interconnessioni di ritorno esterne per cui le aziende fornitrici si sforzano di intraprendere comportamenti e produzioni ambientalmente virtuosi, acquisiscono reputazione, soddisfano l'ente pubblico ed i cittadini e possono continuare a lavorare per l'ente stesso.

L'ente pubblico soddisfa gli obiettivi governativi e raccoglie le informazioni necessarie a prendere decisioni che nell'approccio sistemico interno siano in grado di migliorare ed affinare l'azione applicativa degli aspetti che ne fanno parte in favore dell'economia circolare.

## 7. Conclusioni.

Secondo il "SDGs 2019. Informazioni statistiche per l'Agenda 2030 in Italia" (ISTAT, 2019) nel 2015 la percentuale di Amministrazioni Pubbliche, in particolare Regioni, che hanno effettuato procedure di acquisto verde varia a seconda della tipologia di bene/servizio, registrando livelli più elevati per la cancelleria (quasi il 50%), le apparecchiature elettriche/elettroniche (41%), i servizi energetici (35%), servizi e prodotti per la pulizia (33%) e la gestione dei rifiuti urbani (28%). Ancora poco diffusa l'adozione dei CAM per gli appalti relativi all'acquisto di prodotti tessili, mezzi di trasporto (al di sotto del 10%), materiali edili e arredi (rispettivamente, 12 e 13%), servizi urbani e al territorio (17%) e ristorazione (22%).

Un'altra ricerca, condotta dall'Associazione Comuni Virtuosi, su un campione di 1048 Comuni, informa, invece, che le maggiori percentuali di bandi, con Criteri Ambientali Minimi, rispetto al totale dei bandi di settore, risultano essere quelli relativi alle **forniture di carta per ufficio** (60%), al **servizio di ristorazione** (50%) ed alle forniture di **apparecchiature elettriche ed elettroniche per ufficio** (43%), unitamente alla **fornitura di arredi** (43%) ed al **servizio di gestione dei rifiuti** (42%).

In valore assoluto, invece, il maggior numero di bandi aggiudicati nel 2017 con CAM si riscontra per le forniture di prodotti elettrici ed elettronici (26 bandi con CAM). Molto bassa la percentuale di applicazione dei CAM relativi all'acquisizione di veicoli adibiti al trasporto su strada (6%), ai servizi di gestione del verde pubblico (6%) e all'Edilizia (5%).

Infine, la spesa in beni e servizi in Italia è di 284miliardi di euro all'anno e quella relativa al GPP copre solo 9.5 miliardi di euro pertanto non è difficile comprendere quante ancora sono le opportunità di incremento sul fronte degli acquisti verdi.

I dati statistici offrono un'idea di come gli enti locali attraverso l'approvvigionamento e lo strumento applicativo GPP(CPC) siano attivi nel mercato

dei prodotti a basso impatto ambientale<sup>83</sup>. Ciò però non basta per comprendere come favoriscano la diffusione del modello di economia circolare. Quindi, è stato necessario considerare l'approccio sistemico che ha permesso di evidenziare le interconnessioni fra gli aspetti dell'approvvigionamento, GPP(CPC), pianificazione, regolazione legislativo/amministrativa, innovazione per comprendere il processo che guida gli enti locali (Regioni) nella diffusione del modello di economia circolare.

L'approccio sistemico è essenziale per la transizione verso l'economia circolare.

Gli elementi che ne sono parte, analizzati nei paragrafi precedenti, sebbene inseriti in un'ottica sistemica, non perdono la loro identità ma stabiliscono fra loro connessioni che forniscono informazioni e guidano la PA a decisioni e conseguenti azioni amministrative capaci di favorire l'economia circolare. L'*output* dell'approccio sistemico guida la discrezionalità<sup>84</sup> del decisore amministrativo che agisce ispirato dalla sostenibilità componendo gli interessi trasversali che riguardano l'ambiente. Pertanto, le scelte amministrative, generate in tale contesto, seppur caratterizzate dai limiti razionali di un comportamento amministrativo<sup>85</sup> ma basate sulle informazioni ricavate dalle connessioni dell'approccio sistemico, saranno efficaci nella concretizzazione dell'economia circolare. L'analisi degli aspetti che caratterizzano l'approccio sistemico, già insiti nelle modalità concrete di azione degli enti locali<sup>86</sup>, mette in evidenza come sia quasi sempre l'input regolativo/amministrativo a generare ed alimentare le interconnessioni che portano alla concretizzazione del modello dell'economia circolare sul territorio.

Il sistema regolativo si trova a sua volta inserito in una serie di sistemi organizzativi<sup>87</sup> che generano continuamente interconnessioni, informazioni, accomodamenti e cambiamenti che esso poi recepisce e sistematizza all'interno di precise strutture regolative.

Queste strutture regolative, attraverso le loro azioni, possono indirizzare i soggetti a cui si rivolgono verso determinati comportamenti<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr D. MEADOWS "Pensare per sistemi. Interpretare il presente, orientare il futuro verso uno sviluppo sostenibile", Guerini Next, Milano 2019, H. Simon, Il comportamento amministrativo, Il Mulino, Bologna 2001, H.A SIMON, La scelta razionale e la struttura dell'ambiente. In La teoria dei Sistemi (a cura di) F.E EMERY, Franco Angeli, Milano 1989, per cui la delimitazione dell'orizzonte decisionale entro il quale l'organismo selezionerà le possibili scelte, servendosi dello strumentario di cui dispone, è da ricondurre all'esistenza di quei fattori che caratterizzano la cosiddetta "razionalità limitata" del soggetto decisore e dell'ambiente dallo stesso percepito. Cfr note n.11 e n.12.

<sup>84</sup> Cfr Nota n.8.

<sup>85</sup> Si veda L. VON BERTALANFFY, Teoria generale dei Sistemi. Fondamenti, sviluppo, applicazioni, Mondadori, Milano 2004

<sup>86</sup> In R. FERRARA, Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente in Il Piemonte delle Autonomie - Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione, n.2/2018

<sup>87</sup> Si ricorda che per effetto dell'art.34 del d.lgs n.50/2016 la legislazione italiana sancisce l'obbligatorietà dei CAM negli Appalti pubblici. Cfr anche note n.7 e 62

<sup>88</sup> Si veda S BOLOGNINI, Il pre- commercial procurement come strumento di politica per l'innovazione: caratteristiche, diffusione e problemi, in Economia Marche Journal of Applied Economics, Vol. XXXIX, n.1/2020.

Nell'ambito più circoscritto dell'approccio sistemico fino ad ora considerato, l'aspetto regolativo riceve informazioni connettive dai suoi altri aspetti interconnessi (approvvigionamento, GPP(CPC), pianificazione, innovazione) che lo inducono a compiere scelte incidenti sui comportamenti amministrativi dei soggetti coinvolti (gli enti locali) verso l'applicazione del modello di economia circolare. I successivi *feedback* connettivi delle parti dell'approccio sistemico portano l'aspetto regolativo ad accomodare le scelte future in un circolo continuo capace di favorire l'economia circolare. Per fare un esempio su tutti *la pianificazione*, prevista da disposizioni legislative, generata con un provvedimento, da luogo ad azioni che a loro volta producono altre decisioni amministrative ( es. protocolli di acquisto) e conseguenti azioni concrete ( es. acquisto di prodotti a basso impatto ambientale) a favore dell'economia circolare. Tale analisi suggerisce anche che, seppur trainante, questo aspetto deve agire in sinergia con gli altri affinché si realizzino le interconnessioni necessarie alla diffusione dell'economia circolare. Infatti, le regole di pianificazione, nell'esempio sopra esposto, forniscono indicazioni a quelle parti fra loro interconnesse che rappresentano strumenti e modalità mediante cui la pianificazione raggiunge il suo obiettivo.

Il GPP/CPC rappresenta lo strumento principale affinché si verifichi la transizione verso l'economia circolare.

L'aspetto regolativo non sortirebbe effetto senza l'azione concreta mediata dagli appalti pubblici che, in Italia, per effetto del d.lgs n.50/16<sup>89</sup>, determinano a monte la discrezionalità decisionale della PA nelle modalità di approvvigionamento di beni e servizi a basso impatto ambientale come vuole l'economia circolare.

Allo stesso modo lo strumento del PCP è importante per l'aspetto dell'innovazione che, guidato dall'input regolativo, realizza politiche orizzontali<sup>90</sup> ad ogni livello governativo compreso quello locale a favore di approvvigionamenti sostenibili e circolari<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> L'innovazione contribuisce ad un'Europa climaticamente neutra. La Comunicazione della Commissione Il Green Deal UE- Bruxelles, 11.12.2019, COM (2019) 640 final prevede un pacchetto di misure che vanno dalla riduzione ambiziosa delle emissioni di gas a effetto serra, all'investimento in ricerca e innovazione all'avanguardia, alla salvaguardia dell'ambiente naturale dell'Europa ed in particolare l'obiettivo di divenire entro il 2050 il primo continente climaticamente neutro al mondo. A marzo del 2020 è stata presentata la proposta per una legge europea sul clima Regulation of the european parliament and of the council establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law) Brussels, 4.3.2020 COM(2020) 80 final 2020/0036(COD) mediante cui la Commissione propone che le istituzioni dell'UE e gli Stati membri adottino le misure necessarie a livello nazionale e dell'UE, tenendo conto dell'importanza di promuovere l'equità e la solidarietà tra gli Stati membri, per azzerare le emissioni di gas a effetto serra entro il 2050.

<sup>90</sup> Si veda lo studio "La bioeconomia in Europa" della Direzione Studi e Ricerche di Intesa Sanpaolo, in collaborazione con Assobiotech e il Cluster Spring che posiziona l'Italia quale economia verde al terzo posto in UE alle spalle di Germania e Francia.

<sup>91</sup> Per un'analisi storica dettagliata della stratificazione normativa, si v. C. PENNAROLA, *Il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani: dalla tassa alla tariffa tra esenzioni e riduzioni*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 5, 2017, 1189 ss.

L'approccio sistemico chiude il cerchio quando le informazioni di feedback, che emergono dalle interconnessioni applicative dei vari aspetti, richiedono aggiustamenti e nuove prospettive che vanno risistemizzate dall'aspetto regolativo che fornirà nuove indicazioni a favore di comportamenti (*best practises*) i quali, in modo ancor più efficace, favoriranno la diffusione locale dell'economia circolare.

Infine, sempre dall'analisi degli aspetti dell'approccio sistemico, emerge il ruolo strategico che ricoprono le Regioni, quali enti locali, per la loro posizione politico/amministrativa, nella diffusione del modello economico circolare.

Le Regioni, come si è già avuto modo di affermare nei precedenti paragrafi, all'interno della struttura politico/amministrativa, conservano competenze regolative sia in senso orizzontale che verticale e rappresentano l'anello di congiunzione fra centro e periferie.

Quindi, le Regioni guidano l'input regolativo dell'approccio sistemico analizzato ed influiscono sulle interconnessioni dei suoi aspetti creando le condizioni per la transizione verso l'economia circolare. Sono poi le stesse Regioni che raccolgono le informazioni di ritorno delle relazioni generate nell'ottica sistemica per predisporre un successivo input regolativo verso condizioni sempre migliorative per l'applicazione del modello di economia circolare. Dunque, secondo questa prospettiva di lettura, si coglie l'attivismo determinante delle Regioni e conseguente degli enti locali, nella diffusione locale dell'economia circolare che conferma poi l'Italia quale economia verde ai primi posti nell'Unione Europea<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Cass., Sez. Trib., 23 febbraio 2010 n. 4283, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 2, 255.

# SUI CRITERI DI APPLICAZIONE DELLA "TASSA" SUI RIFIUTI ALLE UNIVERSITÀ ED AGLI ORGANISMI DI RICERCA.

**Giuseppina Lofaro**

**ABSTRACT** [ITA]: Il presente contributo, dopo aver analizzato il dato definitorio della "tassa" sui rifiuti, nonché il profilo storico-ricostruttivo dell'evoluzione normativa, si sofferma sulla natura giuridica della Tari, anche alla luce del diritto comunitario. La riflessione tecnico-giuridica prosegue con l'analisi di una recente ordinanza della giurisprudenza di legittimità, finalizzata ad un approfondimento in chiave propositiva in merito ai criteri di applicazione della Tari alle università ed agli organismi di ricerca, specialmente con riferimento ai criteri di calcolo nonché ai parametri di riduzione della "tassa" sui rifiuti, anche in considerazione della fase emergenziale attuale, per concorrere alla realizzazione di una fiscalità ambientale coerente con una tutela multilivello.

**ABSTRACT** [ENG]: *This essay, after analyzing the defining data of the waste "tax", as well as the historical-reconstructive profile of the regulatory evolution, focuses on the legal nature of the Tari, also in light of European law. The technical-juridical reflection continues with the analysis of a recent ordinance of the jurisprudence of legitimacy, aimed at an in-depth study in a proactive key regarding the criteria for applying the tari to universities and research organizations, especially with reference to the calculation criteria as well as the parameters for reducing the waste "tax", also in consideration of the current emergency phase, to contribute to the creation of an environmental taxation coherent with multilevel protection.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** L'applicazione della Tari nel caso delle università e degli enti di ricerca. – **3.** Tari, università e scuole: spunti per una ricostruzione della disciplina. – **4.** L'ordinanza n. 25524 del 2019 della Corte di Cassazione. – **4.1** Il percorso argomentativo della Corte di Cassazione. – **5.** L'art. 33-bis del decreto-legge n. 248 del 2007. – **6.** Ancora sui presupposti normativi della Tari. – **6.1** Le agevolazioni per le utenze non domestiche. – **7.** Criteri di calcolo e proposte in merito a parametri di riduzione della Tari. – **8.** Tari e Covid-19 nella transizione dalla fase dell'emergenza alla fase della ricostruzione nelle università. – **9.** Considerazioni finali.

## 1. Introduzione.

La tassa sui rifiuti (TARI) è il tributo volto a finanziare i costi relativi al servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti ed è dovuta da chiunque possieda o detenga a qualsiasi titolo locali o aree scoperte suscettibili di produrre rifiuti.

Sotto un profilo ricostruttivo, la Tari è stata introdotta, a partire dal 2014, dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità per il 2014) quale tributo facente parte, assieme all'imposta municipale propria (IMU) e al tributo per i servizi indivisibili (TASI), dell'imposta unica comunale (IUC). Perciò, a decorrere dal 2014, la Tari ha sostituito il tributo comunale sui rifiuti e sui servizi (TARES), che è rimasto in vigore unicamente per l'anno 2013 e che, a sua volta, aveva sostituito i precedenti prelievi connessi alla gestione dei rifiuti, sia di natura patrimoniale sia di natura tributaria (TARSU, TIA1, TIA2)<sup>1</sup>.

La legge 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio per il 2020) ha successivamente abolito, a decorrere dall'anno 2020, la Iuc e la Tasi. Sono, invece, rimasti in vigore gli altri due tributi che componevano la IUC, ossia l'IMU, come ridefinita dalla medesima legge n. 160 del 2019, e la Tari, le cui disposizioni, contenute nella legge n. 147 del 2013, sono state fatte salve *expressis verbis*.

In base al disposto dell'art. 1, comma 668, della legge n. 147 del 2013, i comuni che hanno realizzato sistemi di misurazione puntuale della quantità di rifiuti conferiti al servizio pubblico hanno la facoltà di applicare, in luogo della Tari, che ha natura giuridica tributaria, una tariffa avente natura di corrispettivo.

Data la sua funzione sociale ed economica, la Tari è strutturata, quale obbligazione periodica o di durata<sup>2</sup>, in una *causa debendi* di tipo continuativo, poiché l'utente, nonostante l'autonomia dei periodi d'imposta, è di regola tenuto al suo pagamento in funzione del protrarsi, lungo la linea del tempo, della prestazione erogata dall'ente impositore, senza che sia indispensabile, per ogni periodo contributivo, un riesame circa la sussistenza dei presupposti impositivi. La Tari è perciò un'entrata tributaria pubblica, definita da una parte della dottrina<sup>3</sup> come "tassa di scopo" finalizzata a fare

<sup>1</sup> C. PENNAROLA, *op. ult. cit.*

<sup>2</sup> Cass., Sez. I, 14 giugno 2016 n. 12275; Corte Cost., 24 febbraio 2010 n. 64, in *Giur. cost.*, 2010, 1, 727.

<sup>3</sup> E. RIGHI, *Tasse sui rifiuti solidi urbani: condizioni e portata delle riduzioni disposte per mancato o irregolare servizio di raccolta*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 23, 2017, 1780-1781, rileva difatti che la Tari «ha, sì, per presupposto un servizio da rendere al cittadino che produce rifiuti, ma che svolge anche la funzione, di pubblico interesse, di realizzare e conservare il decoro degli abitati e del territorio attraverso servizi e spese non

fronte ad una spesa di carattere generale, con suddivisione dell'onere sulle categorie sociali che da questa ricevono beneficio<sup>4</sup>.

Tuttavia, circa la qualificazione tecnico-giuridica della Tari, va evidenziato che, a prescindere dal *nomen iuris* di "tassa", questa abbia natura *ibrida* (di tassa e di imposta)<sup>5</sup>, dal momento che la relativa obbligazione è indipendente dalla domanda del servizio e, quantomeno per la quota fissa, anche dalla effettiva erogazione di questo, essendo sufficiente la sua istituzione nell'ambito del territorio comunale. Si rinvencono perciò, in virtù di tali profili, elementi caratterizzanti dell'imposta, con una non trascurabile connotazione patrimoniale, sia pure *sui generis*, essendo tra l'altro il prelievo commisurato alla consistenza (estensione) di beni patrimoniali<sup>6</sup>.

Ai sensi dell'art. 1, comma 641, della l. 23 dicembre 2013, n. 147, il presupposto della tassa sui rifiuti (TARI) è «il possesso o la detenzione a qualsiasi uso di locali o aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani».

In virtù dell'art. 62, comma 2, del d. lgs. n. 507 del 1993, è sancita un'esenzione dalla Tari per cui «non sono soggetti alla tassa i locali e le aree che non possono produrre rifiuti o per la loro natura o per il particolare uso cui sono stabilmente destinati o perché risultino in obiettive condizioni di non utilizzabilità nel corso dell'anno, qualora tali circostanze siano indicate nella denuncia originaria o di variazione e debitamente riscontrate in base ad elementi obiettivi direttamente rilevabili o ad idonea documentazione». Perciò, è necessaria l'allegazione e la prova della concreta inutilizzabilità.

---

attribuibili a singoli utenti», a titolo esemplificativo, la spazzatura delle vie e piazze pubbliche, degli spazi verdi. Cfr. altresì la chiara analisi tecnico-giuridica di G. TREMONTI, *Profili della "tassa per la raccolta ed il trattamento dei rifiuti solidi urbani interni" e del "corrispettivo" per la raccolta dei rifiuti solidi industriali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, I, 590.

<sup>4</sup> G. BERNABEI, *Tari e natura giuridica*, in *I Tributi locali e regionali*, 2, 2016, 40-45. La singolarità consiste nel fatto che è dovuta su beni patrimoniali, indipendentemente dalla loro titolarità, in quanto posta a carico del detentore, sia esso titolare – o no – di diritti reali.

<sup>5</sup> L'espressione è di Juliane Kokott, avvocato generale della Corte di Giustizia, in *Conclusioni presentate il 23 aprile 2009 nel procedimento C-254/08, Futura Immobiliare*, riportate in M. BETTIOL, *La tariffa rifiuti corrispettiva ex art. 1, commi 667 e 668, l. 147/2013: la non facile (ma possibile e doverosa) chance della tariffa rifiuti non tributaria*, in *I Tributi locali e regionali*, 3, 2016, 45.

<sup>6</sup> Cfr. C.G.C.E. 18 dicembre 2014, *causa C-551/13, Setar*: «47. (...) in assenza di disposizioni del diritto dell'Unione che impongano agli Stati membri un metodo preciso quanto al finanziamento del costo della gestione dei rifiuti, detto finanziamento può, a scelta dello Stato membro interessato, essere indifferentemente assicurato mediante una tassa, un canone o qualsiasi altra modalità e che una normativa nazionale la quale preveda, ai fini del finanziamento della gestione di un tale sistema, ad esempio, una tassa calcolata in base ad una stima del volume dei rifiuti generato e non al quantitativo di rifiuti effettivamente prodotto e conferito non può essere considerata contraria alla direttiva 2008/98».

La gestione dei rifiuti urbani rappresenta quindi un servizio pubblico locale essenziale, universale e divisibile che, a tutela della salute umana e dell'ambiente, deve essere garantito, con continuità, ai cittadini sul territorio nazionale in tutte le circostanze in astratto idonee a produrre rifiuti.

Sussiste una difficoltà oggettiva, per buona parte delle amministrazioni comunali, di riformare autonomamente il settore del servizio pubblico di gestione dei rifiuti urbani in quanto trattasi di materia che abbisogna di competenze tecniche, giuridiche e contabili.

In Italia, nella *communis opinio* nonché in una parte della giurisprudenza, si à ancora la natura giuridica non tributaria del prelievo sui rifiuti ad una quantificazione esatta dei rifiuti conferiti. Al contrario, qualunque misurazione presuntiva viene ritenuta quale dimostrazione del carattere tributario del prelievo *de quo*.

Il sistema di smaltimento di rifiuti urbani rappresenta un «affare di massa»<sup>7</sup> e ciò potrebbe avvalorare l'idea di ripartire i costi attraverso un regime forfettario, mediante una stima del valore dei rifiuti generato dagli utenti. Ipotizzare un sistema di misurazione preciso del volume dei rifiuti appare complesso, oneroso ed irrealistico, se non – forse – con riferimento a comunità di dimensione circoscritta.

Al livello dell'Unione europea<sup>8</sup>, in linea col principio “Chi inquina paga”, le classiche presunzioni di cui al d.P.R. n. 158/1999 nonché all'art. 2727 c.c. sono state considerate idonee a ripartire i costi del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti.

La connaturata inesattezza della presunzione, sempre che siano rispettati i canoni di ragionevolezza e proporzionalità, non inficia la credibilità del risultato di un siffatto sistema di misurazione.

---

<sup>7</sup> Nel preambolo del D. Lgs. *de quo* è difatti riportato testualmente che: «Visto l'articolo 1 della legge 24 aprile 2020, n. 27, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, e in particolare il comma 3, il quale dispone che i termini per l'adozione di decreti legislativi con scadenza tra il 10 febbraio 2020 e il 31 agosto 2020, che non siano scaduti alla data di entrata in vigore della legge, sono prorogati di tre mesi, decorrenti dalla data di scadenza di ciascuno di essi».

<sup>8</sup> Per un efficace ed aggiornato saggio sulla fiscalità ambientale, v. M.A. ICOLARI, *Fiscalità dell'ambiente, mercato e sviluppo sostenibile: un equilibrio possibile?*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 1/2020, 225-236. L'Autrice effettua una chiara analisi tecnico-giuridica del rapporto tra tassazione ambientale, mercato e sviluppo sostenibile, scandagliando la complessità in cui versa attualmente la fiscalità ambientale, descrivendo accuratamente come l'assenza di un criterio informatore si ripercuota sulla possibilità del tributo di finanziare il diritto all'ambiente. Nucleo centrale della riflessione risulta la mancanza di corrispondenza tra fattore inquinante e presupposto del tributo nonché il raffronto tra risorse naturali, benessere ed economia circolare. Il diritto all'ambiente, quale diritto sociale fondamentale, va realizzato in via sostanziale, concreta, anche mediante una fiscalità adeguata, tenendo in considerazione «la sfida principale dell'ordinamento tributario moderno di concorrere alla realizzazione sia del processo di integrazione europea che dello sviluppo del regionalismo».

Sistemi sperimentali di avvio della tariffa corrispettiva hanno sovente scelto sistemi di quantificazione dei rifiuti mediante una rilevazione in concreto.

Tuttavia, secondo la Direttiva 2018/851/UE, il cui recepimento era stato fissato al 5 luglio 2020, in realtà poi avvenuto ad opera del D. Lgs. n. 116 del 3 settembre 2020<sup>9</sup>, gli Stati membri dell'Unione europea sarebbero tenuti ad istituire sistemi di tassazione dei rifiuti che incidano soltanto sul soggetto inquinatore, con un prelievo parametrato sulla quantità effettiva di rifiuti generati, al fine di produrre un effetto disincentivante rispetto ad opzioni inquinanti e allo stesso tempo favorire procedure di riciclo delle materie prime. Il legislatore europeo, in applicazione del principio "pay as you throw" è orientato a promuovere un sistema di tassazione finalizzato a salvaguardare l'ambiente<sup>10</sup>, mediante la necessaria armonizzazione dei sistemi nazionali di tassazione degli scarti, in luogo del principio, oggi prevalente negli ordinamenti nazionali, c.d. "user pays"<sup>11</sup>.

In Italia la direttiva *de qua* pare perciò destinata a non essere applicata secondo il cronoprogramma originariamente previsto a livello europeo, essendo già stabilito un rinvio dei termini inerenti il piano di attuazione per il conseguimento degli obiettivi<sup>12</sup>. Nello specifico, risulta pertanto terminato con parere espresso l'*iter* dello schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2018/851, che

---

<sup>9</sup> A. TROPEA, *L'armonizzazione europea della tassa rifiuti. L'applicazione del principio pay as you throw*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 3, 2019, 703-720.

<sup>10</sup> Ai sensi dell'art. 11 della Direttiva (UE) 2018/851 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 (G.U. L. 150 del 14 giugno 2018), il cui stato dell'*iter* in Italia risulta oggi, quale atto del Governo n. 169 sottoposto a valutazione, "Parere espresso": 2. «Al fine di rispettare le finalità della presente direttiva e avanzare verso un'economia circolare europea con un alto livello di efficienza delle risorse, gli Stati membri adottano le misure necessarie...». 3. «Uno Stato membro può rinviare i termini per il conseguimento degli obiettivi... fino ad un massimo di cinque anni...». Il connesso *Dossier* di documentazione del Dipartimento Ambiente del 4 maggio 2020 nonché quello del Servizio Bilancio dello Stato del 12 maggio 2020 è consultabile al Servizio Studi sul sito [www.camera.it](http://www.camera.it). Sotto un profilo collegato, A. TROPEA, *op. ult. cit.*, ha rilevato che: «Pur dovendo, per l'ennesima volta, riordinare la legislazione tributaria in materia di tassa rifiuti, l'Italia non può permettersi di risultare inadempiente al recepimento della nuova Direttiva quadro sull'ambiente, considerato anche che dalle politiche sull'ambiente e sulla sua tutela si misura la civiltà giuridica di un ordinamento».

<sup>11</sup> Cfr. rispettivamente *Atti del Governo n. 169 e 168* (sottoposti a parere), 4 maggio 2020, *Dossier n. 249*, Servizio Studi del Senato, Ufficio ricerche nei settori ambiente e territorio, Servizio Studi della Camera, Dipartimento Ambiente.

<sup>12</sup> Gli immobili posseduti dal Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) e dall'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA), destinati esclusivamente allo svolgimento con modalità non commerciali di attività di ricerca scientifica, sono invece esenti dall'IMU e dalla TASI. Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, DIPARTIMENTO DELLE FINANZE, DIREZIONE LEGISLAZIONE TRIBUTARIA E FEDERALISMO FISCALE, Risoluzione n. 7/DF del 13 luglio 2015. Sotto un profilo collegato, v. l'interessante saggio di R. MICCÙ, M. BERNARDI, *Sostenibilità ambientale, energie rinnovabili ed efficientamento. Brevi note sulla funzione promozionale dei pubblici poteri*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, Fasc. 4/2019, 113-142.

modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti, nonché quello dello schema di decreto legislativo per l'attuazione della direttiva (UE) 2018/850, di modifica della direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti<sup>13</sup>. In particolare, è prevista la redazione di linee guida in materia di classificazione dei rifiuti, al fine di specificarne la corretta attribuzione dei relativi codici, da effettuarsi entro il 31 dicembre 2020, da parte del Sistema nazionale per la protezione e la ricerca ambientale, con approvazione mediante decreto del Ministero dell'ambiente.

Di interesse risulta poi, nell'ambito della pianificazione nazionale e regionale, la previsione dell'elaborazione di un programma nazionale per la gestione dei rifiuti, ai sensi del comma 1 dell'art. 2 del citato D. Lgs. n. 116 del 3 settembre 2020 che inserisce nel testo del Codice dell'ambiente (Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152) il nuovo art. 198-bis. Ai sensi della lettera d, comma 3 dell'articolo da ultimo citato, nell'ambito del contenuto minimo del programma nazionale per la gestione dei rifiuti, deve rientrare «l'indicazione dei criteri generali per l'individuazione di distretti interregionali, definiti tramite accordi tra Regioni» *ex* art. 117, comma 8, Cost. - disciplinante la potestà regolamentare di Comuni, Province e Città metropolitane -, «che consentano la razionalizzazione degli impianti dal punto di vista localizzativo, ambientale ed economico, sulla base del principio di prossimità...».

Nell'art. 199 del Codice dell'ambiente sono previste poi una serie di modifiche alla disciplina della pianificazione regionale, ad opera dell'art.2, comma 2, del decreto legislativo in analisi.

Pare utile rammentare che il d. lgs. in parte qui esaminato interviene su aspetti rientranti nella materia della tutela dell'ambiente, attribuita alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera s), Cost.

---

<sup>13</sup> G. CATALANO, *L'inquadramento fiscale delle università e degli enti di ricerca: vincoli e opportunità*, Bologna, 2013, 388.

## 2. L'applicazione della Tari nel caso delle università e degli enti di ricerca.

Tanto le università, statali e non, quanto gli enti pubblici di ricerca<sup>14</sup> sono in linea di principio tenuti alla corresponsione della Tari, salva l'eventuale applicazione di riduzioni e/o esoneri secondo modalità, limiti e termini rinvenibili dai regolamenti comunali.

In linea di principio, non sono soggetti alla Tari i locali e le aree che non possono produrre rifiuti o per la loro natura o per l'uso specifico cui sono destinati o qualora si trovino in condizioni obiettive di inutilizzabilità nel corso dell'anno, dimostrabili sulla base della presentazione di apposita documentazione<sup>15</sup>. Ciò, sotto un aspetto storico-ricostruttivo, valeva sia durante la vigenza della Tarsu (tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani), disciplinata dal decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507, sia della Tia 1 (tariffa di igiene ambientale), introdotta dal decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 (cd. Decreto Ronchi), sia della Tia 2 (Tariffa integrata ambientale), istituita dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, nonché della Res (tributo comunale sui rifiuti e servizi), introdotta col decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (cd. Decreto «Salva Italia»), convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

L'obbligo di pagamento in capo ad università ed enti di ricerca sussiste, quindi, sulla base delle modalità, dei limiti e delle eventuali agevolazioni previsti a livello comunale. Pertanto, può affermarsi che non esistano specifiche normative per le università e gli enti di ricerca pubblici<sup>16</sup>. La questione circa l'applicazione della Tari alle università, rispetto al caso delle istituzioni scolastiche, in assenza di precedenti giurisprudenziali specifici, ha di recente formato oggetto di un'articolata Ordinanza della Corte di Cassazione, V sezione civile, n. 25524/2019.

<sup>14</sup> Per visionare la lista degli enti di ricerca pubblici, <https://www.miur.gov.it/>.

<sup>15</sup> Per un riferimento dottrinale *ex ante* rispetto all'entrata in vigore della l. n. 168 del 1989, si v. G.M. LOMBARDI, *Autonomia universitaria e riserva di legge*, in *Studi sassaresi*, Milano, 1969, I, 838 ss.; cfr. altresì M. MAZZIOTTI DI CELSO, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, in *Dir e soc.*, 1980, 229; F. MERLONI, *L'autonomia delle Università e degli enti di ricerca (articoli 6-9)*, in F. MERLONI (a cura di), *Il Ministero e l'autonomia delle Università*, Bologna, 1989, 81 ss.; F. MODUGNO, *Riserva di legge e autonomia universitaria*, in *Dir. e soc.*, 1978, 758 ss.; L. PALADIN, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in *Quaderni cost.*, 1988, 177 ss..

<sup>16</sup> Per un'analisi attenta ed equilibrata sulle istituzioni scolastiche si v. R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazioni e pluralismi*, Torino, 2006 e 2011.

### 3. Tari, università e scuole: spunti per una ricostruzione della disciplina.

In un ambito caratterizzato da un evidente deficit normativo, la Corte di Cassazione, con la citata Ordinanza n. 25524 del 2019, ha assunto un orientamento che presenta elementi di criticità. Si assume, infatti, l'appartenenza delle istituzioni scolastiche statali alla categoria degli "organi dello Stato" o delle "amministrazioni dello Stato", come tali esenti dal particolare tributo; categoria in cui invece non rientrerebbero a questi particolari fini le università, avuto anche riguardo al principio di autonomia<sup>17</sup> che caratterizzerebbe queste ultime, rispetto alle istituzioni scolastiche<sup>18</sup>.

Su queste basi, si vuole qui tentare una ricostruzione della disciplina vigente, che possa superare, anche ipotizzando un'evoluzione della normativa, le criticità emergenti dalla citata Ordinanza. Proprio sul tema dell'autonomia delle università, è ragionevole considerare i vincoli che la minano<sup>19</sup> e che in concreto rendono sfumata la differenza che, sulla base di un'analisi asettica del dato normativo, disancorata

<sup>17</sup> Le università, in attuazione dell'art. 33 Cost., hanno autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria, contabile e si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti. La l. 9 maggio 1989, n. 168, istitutiva del Ministero dell'università e della ricerca scientifica, all'art. 6, comma 7, stabilisce che le università possono adottare un regolamento di ateneo per l'amministrazione, la finanza e la contabilità, anche in deroga alle norme sull'ordinamento contabile dello Stato e degli enti pubblici, ma comunque nel rispetto dei relativi principi.

<sup>18</sup> L'art. 7 del decreto legislativo n. 150/2009, così come modificato dal d.lgs. n. 74/2017, stabilisce che «le amministrazioni pubbliche valutano annualmente la *performance* organizzativa e individuale. A tal fine adottano e aggiornano annualmente, previo parere vincolante dell'OIV, il sistema di misurazione e valutazione della *performance*. Le amministrazioni pubbliche adottano metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare la *performance* individuale e quella organizzativa, secondo criteri strettamente connessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi. L'obiettivo delle riferite disposizioni è quello di favorire presso le pubbliche amministrazioni un miglioramento continuo in termini di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa finalizzata al soddisfacimento dei bisogni della collettività per i quali rilevare il grado di soddisfazione, ad un utilizzo ottimale delle risorse sia in termini di riduzione dei costi che di ottimizzazione dei tempi dei procedimenti amministrativi, ad un miglioramento continuo delle competenze professionali e organizzative. A tal fine le pubbliche amministrazioni, in maniera coerente con i contenuti e con il ciclo della programmazione finanziaria e del bilancio, sviluppano il ciclo di gestione della *performance* che si articola nelle seguenti fasi: a) definizione e assegnazione degli obiettivi che si intendono raggiungere, dei valori attesi di risultato e dei rispettivi indicatori, tenendo conto anche dei risultati conseguiti nell'anno precedente, come documentati e validati nella relazione annuale sulla performance di cui all'articolo 10 – redazione entro il 31 gennaio di un piano della performance b) collegamento tra gli obiettivi e l'allocazione delle risorse; c) monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi; d) misurazione e valutazione della *performance*, organizzativa e individuale; e) utilizzo dei sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito; f) rendicontazione dei risultati agli organi di vertice – redazione entro il 30 giugno della relazione sulla *performance*», in [www.anvur.it](http://www.anvur.it).

<sup>19</sup> Cass. civ., Sez. trib., 10 ottobre 2019, n. 25524, in *Giust. civ. Massimario*, 2019.

dall'*humus* cui in realtà inerisce, viene presentata come un'evidenza che emergerebbe *ictu oculi*. Si consideri a titolo esemplificativo, nell'ambito della funzione pubblica, il sistema di misurazione e valutazione della *performance*<sup>20</sup> che costituisce un onere/vincolo per l'autonomia delle università. Tra l'altro, nella *communis opinio*, nell'*idem sentire* è convinzione generale che le università pubbliche siano organi dello stato. Per di più, pare utile sottolineare che tanto l'istituzione scolastica quanto quella universitaria rientrano, in considerazione della medesima attività didattica svolta, nella filiera della formazione. Su queste basi, è quanto meno presumibile che sussista disparità tra il trattamento delle scuole e quello delle università; disparità che piuttosto pare sintomatica di una disfunzione nel sistema ordinamentale. o conferma – ad esempio – il fatto che il Regolamento Tari del Comune di Roma, all'art. 14, comma 5, *ratione temporis* vigente riconosceva tariffa agevolata, prevedendo una riduzione dei due terzi dell'imposta, operando anche a favore delle scuole private e paritarie, per le superfici destinate ad attività didattiche, come *funditus* si analizzerà nel prosieguo della presente ricerca. Emerge *ictu oculi* che la circostanza ritenuta meritevole di un trattamento premiale è la destinazione delle superfici ad attività didattica. In conseguenza di un differente assetto istituzionale, la Cassazione esclude che le Università possano usufruire di tale agevolazione, - o anche dell'esenzione d'imposta prevista a decorrere dal 2008 tramite l'istituzione del fondo statale per le scuole di cui all'art. 33 bis del d.l. n. 248 del 2007, convertito dalla l. n. 31 del 2008 -, essendo sancita in norma di stretta interpretazione, con conseguente impedimento all'estensione dei benefici in via analogica a fattispecie diverse da quelle in esse contemplate *expressis verbis*, ai sensi dell'art. 14 delle Disposizioni preliminari al codice civile (c.d. Preleggi).

Sotto un profilo collegato, ci si chiede quale sia il regime proprio delle università private e se, nello specifico, queste potrebbero legittimamente fruire di agevolazioni. La risposta dovrebbe ragionevolmente essere negativa per possibile contrasto con l'art. 33 Cost., comma 3, secondo cui «Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, "senza oneri per lo Stato"». Ancora, ai sensi del comma 5:

---

<sup>20</sup> L'art. 14, comma 5, dell'allora vigente Regolamento Tari, approvato con delibera n. 56/2010 del Consiglio comunale, prevedeva che «La tariffa per le scuole di ogni ordine e grado è agevolata a carico del Comune nella misura del 66,7% del dovuto; tale agevolazione si applica anche alle scuole private e paritarie, anche inserite in strutture che compiono altra opera, come per esempio gli istituti religiosi, per la superficie dedicata alle attività didattiche».

«Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi “nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato”».

Ad ogni modo, sarebbe ragionevolmente auspicabile, in una prospettiva *de iure condendo*, una forma di raccordo che possa rendere armonioso il dato normativo applicato alla tassazione inerente il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti nell’ambito delle istituzioni di formazione.

#### 4. L’ordinanza n. 25524 del 2019 della Corte di Cassazione.

Come accennato, con la recente ordinanza n. 25524 del 2019 la Corte di Cassazione<sup>21</sup> si è pronunciata sull’impugnazione di un avviso di pagamento, relativo al versamento della Tari per il periodo di imposta 2007/2010, che l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza” aveva corrisposto nella misura agevolata prevista dall’art. 14, comma 5, del Regolamento Tari per le istituzioni scolastiche<sup>22</sup>.

Avverso la decisione della Commissione tributaria regionale del Lazio, che aveva escluso l’applicazione dell’invocata agevolazione sul rilievo che l’Università non rientri tra le istituzioni scolastiche statali previste dall’art. 33-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007<sup>23</sup>, l’Università ha proposto ricorso per cassazione, corredandolo di una

<sup>21</sup> Il decreto-legge è stato convertito dalla legge n. 31 del 28 febbraio 2008.

<sup>22</sup> A tal proposito, la Corte premette che ai sensi dell’art. 14, comma 5, del Regolamento Tari del Comune di Roma, *ratione temporis* vigente, alle “scuole di ogni ordine e grado” trova applicazione una tariffa agevolata che prevede una riduzione di due terzi dell’imposta; tale riduzione opera anche a favore delle scuole private e paritarie, pur se inserite in strutture che hanno diversa destinazione, per le superfici destinate ad attività didattiche». Di qui la conseguenza che il presupposto per l’applicazione dell’agevolazione non è la natura pubblica o privata del soggetto, ma la destinazione delle superfici ad attività didattica.

<sup>23</sup> Cass. civ., Sez. un., 10 maggio 2006, n. 10700, che era stata chiamata a pronunciarsi sulla questione se le Università usufruiscono del patrocinio obbligatorio dell’Avvocatura dello Stato ai sensi del r.d. n. 1592 del 1993 (art. 56) e del r.d. n. 1611 del 1933 (art. 43), come modificato dalla legge n. 103 del 1979 (art. 11) ovvero di quello facoltativo o autorizzato. Le Sezioni unite stabiliscono che il patrocinio obbligatorio dell’Avvocatura dello Stato era configurabile prima delle modifiche introdotte nel sistema universitario dalla legge 9 maggio 1989, n. 168, «che ha riconosciuto alle Università ampia autonomia (artt. 6 e 7)». Vigente il r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, le Università statali erano dotate di personalità giuridica e autonomia amministrativa, didattica e disciplinare (art. 1, comma 3), con la conseguenza che la giurisprudenza di legittimità «in linea di principio era pervenuta a riconoscere alle Università statali natura di organi statali, essendo inserite nell’organizzazione statale, come risultava sia dall’imputazione allo Stato di almeno una parte degli atti posti in essere, sia dallo status del personale, anche docente, appartenente ai ruoli degli impiegati dello Stato, sia dalla fonte del loro finanziamento posto a carico dello Stato»; in questo senso, più di recente, anche Cass. civ., Sez. I, 6 febbraio 2018, n. 2825, in *Guida al dir.*, 2018, 25, 70, secondo cui «Alle università, dopo la riforma introdotta dalla legge n. 168 del 1969, non può essere riconosciuta la qualità di organi dello Stato, ma quella di enti pubblici autonomi, con la conseguenza che, ai fini della rappresentanza e difesa da parte dell’Avvocatura dello Stato, non opera il patrocinio obbligatorio disciplinato dagli articoli da 1 a 11 del regio decreto n. 1611 del 1933, bensì, in virtù

serie di motivi. Con il primo e il terzo, che la Corte tratta congiuntamente per ragioni di connessione, l'Università, quale ente pubblico istituito per il perseguimento di fini didattici, sostiene che debba equipararsi a tutti gli effetti alle amministrazioni dello Stato e che l'art. 33-bis del decreto-legge n. 248 del 2007 debba ricevere un'interpretazione costituzionalmente orientata, per scongiurare il rischio di incorrere in trattamenti irragionevoli e discriminatori nei confronti dell'istituzione universitaria. Con il secondo motivo di ricorso, che la Corte ritiene meritevole di accoglimento, l'Università lamenta violazione e falsa applicazione dell'allora vigente art. 14, comma 5, del Regolamento Tari, in quanto, per l'annualità 2007, non poteva non mantenersi la tariffa agevolata prevista dalla cat. 27, non essendo le superfici dell'Ateneo assimilabili a quelle degli istituti indicati nella categoria ordinaria di cui al n. 2 (musei, associazioni, luoghi di culto, comunità religiose). Al riguardo, la Corte afferma che il presupposto dell'agevolazione, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto<sup>24</sup>, è «la destinazione delle superfici ad attività didattica, circostanza ritenuta evidentemente meritevole di trattamento premiale».

In definitiva, la Corte, ai fini del Regolamento Tari del Comune di Roma, riconduce le istituzioni universitarie alla tipologia "scuole", «data la destinazione delle superfici dalle stesse occupate ad attività didattica per fini educativi e di istruzione», mentre, ai fini dell'art. 33-bis del decreto-legge n. 248 del 2007, esclude che le Università, in conseguenza del loro assetto istituzionale, «siano sovrapponibili o assimilabili alle istituzioni scolastiche statali», attribuendo alla richiamata norma una lettura di stretta interpretazione che, perciò stesso, esclude estensioni analogiche.

---

dell'articolo 56 del regio decreto n. 1592 del 1933, non abrogato dalla legge n. 168 del 1989, il patrocinio autorizzato disciplinato dagli articoli 43 regio decreto n. 1611 del 1933, come modificato dall'articolo 11 della legge n. 103 del 1979, e 45 regio decreto citato, con i limitati effetti previsti per tale forma di rappresentanza: esclusione della necessità del mandato e facoltà, salvo i casi di conflitto, di non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato con apposita e motivata delibera».

<sup>24</sup> Per una chiara analisi sul cambiamento sotto un aspetto anche qualitativo del concetto di "autonomia" si v. M. CAMMELLI, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, *Diritto pubblico*, 1995, 166 ss.; F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990, spec. 342 ss.; per un'analisi più recente, cfr. D. DONINA, M. MEOLI, *Gli effetti della riforma sull'autonomia istituzionale*, in *Il futuro dell'Università italiana dopo la riforma*, a cura di S. Paleari, Torino, 2014, 128 ss.

#### 4.1. Il percorso argomentativo della Corte di Cassazione.

Secondo la Corte di Cassazione, alle Università non può essere riconosciuta la qualità di organi dello Stato o di amministrazioni dello Stato, considerato che gli artt. 6 e 7 della legge 9 maggio 1989, n. 168 conferiscono loro, oltre all'autonomia didattica e scientifica, anche l'autonomia organizzativa, finanziaria, contabile, statutaria e regolamentare. In particolare, l'art. 6, comma 1, nel disporre che le Università sono dotate di personalità giuridica, stabilisce che esse «si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti». Nello specifico, l'art. 7, comma 1, stabilisce che le entrate delle Università sono costituite da trasferimenti dello Stato, da contributi obbligatori e da altre forme di finanziamento (contributi volontari, proventi di attività, rendite, frutti e alienazioni del patrimonio, atti di liberalità e corrispettivi di contratti e convenzioni); il comma 7 della stessa norma dispone che le Università possono adottare un regolamento di ateneo per l'amministrazione, la finanza e la contabilità, «anche in deroga alle norme sull'ordinamento contabile dello Stato e degli enti pubblici», pur se nel rispetto dei relativi principi<sup>25</sup>. Come precisano le Sezioni unite della Cassazione, si tratta di una disciplina che conferma la soggettività giuridica delle Università statali, già riconosciuta con il r.d. n. 1592 del 1933, ma, al tempo stesso, ne rafforza significativamente l'autonomia<sup>26</sup>, attribuendo loro, oltre all'autonomia didattica e scientifica, quella organizzativa, finanziaria e contabile, e soprattutto l'autonomia normativa statutaria e regolamentare. Autonomia<sup>27</sup>,

<sup>25</sup> Per una recente analisi sulla tematica *de qua* si v. R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia universitaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile* (Vol. I – Studi introduttivi), Bologna, 2018, 151-165; si cfr. altresì ID., *Riflessioni in tema di governance e autonomia delle Università*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, Napoli, 2019, 1075-1094.

<sup>26</sup> In questo senso Cass. civ., Sez. un., 10 maggio 2006, n. 10700, cit.; per un inquadramento efficace di autorevole dottrina in merito alle differenze sussistenti tra gli enti pubblici autonomi e gli organi dello Stato *tout court*, si v. le chiare note di E. CASSETTA, (a cura di) F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, spec. 87 ss.: in particolare nel capitolo dedicato ai profili generali dell'organizzazione amministrativa, gli Autori mettono in luce, sotto un aspetto definitorio, gli enti pubblici nonché la problematicità connessa ai caratteri di questi sotto un profilo classificatorio, soffermandosi anche sulla figura degli organismi di diritto pubblico in un quadro normativo e giurisprudenziale comunitario nonché sulla teoria dell'organo, sul rapporto di servizio, specificamente trattando la disciplina attuale del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (173 ss.), in una cornice di mutevole complessità.

<sup>27</sup> In particolare, l'art. 15 del d.P.R. *de quo* esclude dall'attribuzione alle istituzioni scolastiche le funzioni in materia di personale relative alla a) formazione delle graduatorie permanenti riferite ad ambiti territoriali più vasti di quelli della singola istituzione scolastica; b) al reclutamento del personale docente, amministrativo, tecnico e ausiliario con rapporto di lavoro a tempo indeterminato; c) mobilità esterna alle istituzioni scolastiche e utilizzazione del personale eccedente l'organico funzionale di istituto; d) autorizzazione per utilizzazioni ed esoneri per i quali sia previsto un contingente nazionale; comandi, utilizzazioni e collocamenti fuori ruolo; e) riconoscimento di titoli di studio esteri, fatto salvo quanto previsto nell'art. 14, comma 2 del d.P.R. citato.

quest'ultima, che vale a caratterizzare le Università come ente pubblico autonomo e non più come organo dello Stato<sup>28</sup>. In questo senso depone, secondo i giudici di Piazza Cavour, da un lato, l'art. 6, comma 5, del decreto legislativo 29 febbraio 1993, n. 29, che, all'art. 6, comma 5, prevede che «Le attribuzioni del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica relative a tutto il personale tecnico e amministrativo universitario, compresi i dirigenti, sono devolute all'università di appartenenza»; dall'altro, l'art. 5 della legge 24 dicembre 1993, n. 937, che qualifica i docenti e i ricercatori come dipendenti dell'ente-università.

Diversamente accade per le istituzioni scolastiche (circoli didattici, scuole medie, istituti di istruzione secondaria), per le quali l'art. 15 del d.P.R. n. 275 del 1999 riserva all'amministrazione della pubblica istruzione dello Stato - e non ai singoli istituti - le funzioni relative al reclutamento del personale (personale ATA e docente)<sup>29</sup>. Benché, per effetto della legge delega n. 59 del 1997 e dei successivi provvedimenti attuativi, sia stata estesa alle singole istituzioni scolastiche autonoma personalità giuridica, esse restano organi del Ministero dell'istruzione. In altri termini, ricorre la figura dell'organo con personalità giuridica che, proprio perché organo statale, non è soggetto distinto dallo Stato<sup>30</sup>. Non può, tuttavia, negarsi che le istituzioni scolastiche

<sup>28</sup> Cass. civ., Sez. III, 29 aprile 2006, n. 10042; Cass. civ., Sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2839; Cass. civ., Sez. III, 14 novembre 2008, n. 27246; Cass. civ., 21 marzo 2011, n. 6372; Cass. civ., 15 ottobre 2010, n. 21276; Cass. civ., 28 luglio 2008, n. 20521. Si aggiunga che, a norma dell'art. 14, comma 7-bis, del d.P.R. n. 275 del 1999 l'Avvocatura dello Stato continua a ad assumere la rappresentanza e la difesa nei giudizio attivi e passivi davanti alle autorità giudiziarie, ai collegi arbitrali e alle giurisdizioni amministrative e speciali di tutte le istituzioni speciali cui è stata attribuita l'autonomia e la personalità giuridica a norma dell'art. 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59.

<sup>29</sup> Sul tema dell'autonomia organizzativa della scuola si v. S. PIAZZA, *Note minime a prima lettura in tema di organizzazione del sistema di istruzione, autonomia scolastica e libertà d'insegnamento*, in *Amm. it.*, 2004, 1143-1169; L. BENADUSI, F. CONSOLI, *La governance della scuola. Istituzioni e soggetti alla prova dell'autonomia*, Bologna, 2004; G. REMBADO, F. ROSSI, *Autonomia organizzativa. La scuola*, Brescia, 2001.

<sup>30</sup> Cass. civ., Sez. III, 6 novembre 2012, n. 19158, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 11, 1275, secondo cui anche dopo l'estensione della personalità giuridica, per effetto della legge delega n. 59 del 1997 e dei successivi provvedimenti di attuazione, ai circoli didattici, alle scuole medie e agli istituti di istruzione secondaria, il personale docente degli istituti statali - che costituiscono organi dello Stato muniti di personalità giuridica ed inseriti nell'organizzazione statale - si trova in rapporto organico con l'Amministrazione della pubblica istruzione e non con i singoli istituti, che sono dotati di mera autonomia amministrativa. La figura dell'organo con personalità giuridica implica che lo stesso abbia legittimazione di diritto sostanziale e processuale in relazione alla titolarità di rapporti giuridici, ma che resti tuttavia soggetto, proprio in ragione della sua natura di organo, alle direttive e ai controlli dell'amministrazione di appartenenza. In sostanza il disegno organizzativo avuto in mente dal delegante - attuato e specificato dal d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275 - ha sì previsto la soggettività giuridica degli istituti, ma come strumento di realizzazione dell'autonomia didattica, organizzativa, di ricerca, di sperimentazione e di sviluppo e, in definitiva, come garanzia di libertà di insegnamento, di pluralismo culturale e di duttilità dell'offerta formativa. Il che non toglie che le funzioni amministrative, al pari della gestione del servizio istruzione, siano rimaste funzioni statali, di talché soltanto la competenza per il loro esercizio è stata sottratta (non allo Stato ma) all'amministrazione centrale e periferica e attribuita, di regola, alle istituzioni

godano di autonomia<sup>31</sup> gestionale e amministrativa, ma, secondo il ragionamento sotteso al percorso argomentativo della Corte, non in misura tale da impedire di riferire all'amministrazione statale dell'istruzione gli atti che essi pongono in essere e gli effetti che ne derivano<sup>32</sup>.

Pare a tal punto utile evidenziare che l'art. 14, comma 1, del d.P.R. n. 275 del 1999, attribuisce, a decorrere dal 1° settembre 2000, alle istituzioni scolastiche «le funzioni già di competenza dell'amministrazione centrale e periferica relative alla carriera scolastica e al rapporto con gli alunni, all'amministrazione e alla gestione del patrimonio e delle risorse e allo stato giuridico ed economico del personale non riservate, in base all'art. 15 o altre specifiche disposizioni, all'amministrazione centrale e periferica. Anche sul piano delle attività relative all'amministrazione, alla gestione del bilancio e dei beni e alle modalità di definizione e di stipula dei contratti di prestazione d'opera di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, sussistono rilevanti margini di autonomia. Tant'è che le istituzioni scolastiche provvedono in conformità a quanto stabilito dal regolamento di contabilità di cui all'articolo 21, commi 1 e 14, della legge 15 marzo 1997, n. 59, ma tale regolamento può contenere deroghe alle norme vigenti in materia di contabilità dello Stato, pur nel rispetto dei principi di universalità, unicità e veridicità della gestione e dell'equilibrio finanziario. Nello specifico esso stabilisce le modalità di esercizio della capacità negoziale e ogni adempimento contabile relativo allo svolgimento dell'attività negoziale medesima, nonché modalità e procedure per il controllo dei bilanci della gestione e dei costi<sup>33</sup>. Anche sul piano dell'organizzazione<sup>34</sup> dei servizi

---

scolastiche (d.P.R. n. 275 del 1999, art. 14), che pertanto agiscono in veste di organi statali e non di soggetti distinti dallo Stato.

<sup>31</sup> V., in particolare, l'art. 14, comma 3, del d.P.R. n. 275 del 1999.

<sup>32</sup> Per quel che concerne in generale l'organizzazione amministrativa, specialmente sotto un profilo storico-costruttivo, cfr. F. BENVENUTI, *L'organizzazione impropria della P.A.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 968 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931; G. DI GASPARE, voce *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, X, 1995, 513 ss.; U. FORTI, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, 1948; C. FRANCHINI, G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 73 ss.; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. PALEOLOGO, *Organizzazione I. – Organizzazione amministrativa* (voce enciclopedica), in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, 135 ss.; A. PALERMO, *Organizzazione (Teoria giuridica della)*, in *Nuoviss. Dig. It.*, XII, 1968, 191 ss..

<sup>33</sup> Trib. Foggia, 15 dicembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 2083: trattandosi di articolazioni compenstrate nell'unica amministrazione statale, che devono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 14, comma 7, del d.P.R. n. 275 del 1999, come modificato dalla l. n. 352 del 2001, non può sussistere dubbio sull'applicabilità alle controversie che involgono scuole statali specie delle regole sul foro erariale.

amministrativo-contabili alle istituzioni scolastiche è riconosciuto un potere di «riorganizzazione», che tenga conto del «nuovo assetto istituzionale delle scuole e della complessità dei compiti ad esse affidati» ex art. 14, comma 4, del d.P.R. n. 275 del 1999. Tuttavia, benché le istituzioni scolastiche abbiano acquisito autonomia finanziaria e di bilancio, ai sensi della legge n. 59 del 1997, non ne è derivato il venir meno del loro carattere di amministrazione dello Stato<sup>35</sup>. Il differente assetto organizzativo che il legislatore ha stabilito per le istituzioni scolastiche rende, secondo la Corte di Cassazione in commento, inapplicabile alle Università l'art. 33-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007<sup>36</sup>. Trattandosi di norma espressamente rivolta alle istituzioni scolastiche, sarebbe da intendersi come norma di stretta interpretazione e, quindi – lo si è già anticipato – non suscettibile di estensione analogica. La diversità di disciplina troverebbe piena giustificazione nel diverso regime di autonomia, sicché la non estensione alle Università dell'esenzione prevista per le istituzioni scolastiche non sarebbe né irragionevole né discriminatoria. A ciò, secondo la Corte, non osterebbe nemmeno il fatto che tanto le istituzioni scolastiche quanto le università siano comprese dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 nel novero delle pubbliche amministrazioni<sup>37</sup>.

## 5. L'art. 33-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007.

In effetti, l'art. 33-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007 è specificamente indirizzato alle istituzioni scolastiche. Esso stabilisce, in particolare, che, a decorrere dall'anno 2008, il Ministero della pubblica istruzione provvede a corrispondere direttamente ai Comuni la somma concordata in sede di Conferenza Stato-città e autonomie locali nelle sedute del 22 marzo 2001 e del 6 settembre 2001, valutata in € 38,734 milioni. Si

---

<sup>34</sup> Cass. civ., Sez. trib., 10 ottobre 2019, n. 25524, *cit.*, sancisce che in conseguenza del diverso assetto istituzionale va escluso che le Università siano sovrapponibili o assimilabili alle istituzioni scolastiche statali e che quindi l'art. 33-*bis* del d.P.R. 275 del 1999, che fa riferimento soltanto alle seconde, sia applicabile anche alle Università.

<sup>35</sup> Cass. civ., Sez. trib., 10 ottobre 2019, n. 25524, *cit.*: «né in senso contrario depone il dettato dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 che anzi, nel fornire la definizione di Amministrazione pubblica, ai fini dell'applicazione delle norme sul pubblico impiego, distingue gli istituti e scuole di ogni ordine e grado dalle istituzioni universitarie».

<sup>36</sup> Così Cass. civ., Sez. trib., 10 ottobre 2019, n. 25524, *cit.*

<sup>37</sup> Ai fini dell'applicazione della Tari la norma considera le superfici «dichiarate o accertate ai fini dei precedenti prelievi sui tributi».

tratta di un importo forfettario complessivo corrisposto per lo svolgimento, nei confronti delle istituzioni scolastiche statali, del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani di cui all'art. 238 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (recante il T.U. Ambiente). I singoli comuni sono beneficiari delle somme secondo criteri e modalità concordati nella Conferenza in proporzione alla consistenza della popolazione scolastica. L'onere grava sul Fondo per il funzionamento delle istituzioni scolastiche. A decorrere dall'anno 2008, le istituzioni scolastiche statali non sono più tenute a corrispondere ai comuni il corrispettivo di cui al menzionato articolo 238 del T.U. Ambiente.

Se per questa via – quella cioè tracciata dall'art. 33-*bis* in esame – l'agevolazione trova uno sbarramento per le università, è pur vero che la Corte, accogliendo il secondo motivo di ricorso formulato ai sensi dell'allora vigente art. 14, comma 5, del Regolamento Tari del Comune di Roma, afferma un principio rilevante, legato al presupposto dell'agevolazione, che, secondo i giudici di legittimità, non è la natura pubblica o privata del soggetto. Tale dato emerge dal fatto che l'art. 14, comma 5, *ratione temporis* vigente rende l'agevolazione operante anche a favore delle scuole private e paritarie, «pur se inserite in strutture che hanno diversa destinazione, per le superfici destinate ad attività didattiche». In particolare, il Regolamento prevede che «la tariffa per le scuole di ogni ordine e grado è agevolata a carico del Comune nella misura del 66,7% del dovuto; tale agevolazione si applica anche alle scuole private e paritarie, anche inserite in strutture che compiono altra opera, come per esempio gli istituti religiosi, per la superficie dedicata alle attività didattiche». È la destinazione della superficie all'attività didattica il presupposto dell'agevolazione. Sotto questo profilo non può escludersi, ai fini del Regolamento Tari del Comune di Roma, che le Università debbano ricondursi alla tipologia delle scuole, in considerazione del fatto che le superfici che occupano sono destinate ad attività didattica per fini educativi e di istruzione. L'art. 14, comma 5, *ratione temporis* vigente, del Regolamento Tari del Comune di Roma e l'art. 33-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007 si fondano su presupposti diversi, rilevando con riferimento al primo solo la destinazione delle superfici all'attività didattica, mentre, in relazione al secondo, avendo rilievo la natura giuridica dell'istituzione scolastica<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> L'accordo è destinato a dare attuazione al comma 647, che mira a definire le procedure di interscambio tra i comuni e l'Agenzia delle entrate ai fini della revisione del catasto.

Deve ritenersi che a questa conclusione la Corte sia giunta anche perché l'allora comma 5 dell'art. 14 ancorava l'agevolazione al presupposto della superficie dedicata alle attività didattiche tanto con riferimento alle scuole di ogni ordine e grado quanto a quelle private e paritarie, mentre il successivo comma 6 faceva precipua applicazione dell'art. 33-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007, con ciò volendo il Regolamento attuare una specifica distinzione tra i presupposti alla base dell'una e dell'altra forma di agevolazione.

## 6. Ancora sui presupposti normativi della Tari.

Pare utile a tal punto rammentare, in linea con quanto rilevato in apertura del presente lavoro, che presupposto della Tari, a norma dell'art. 1, comma 641, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014) 3, è «il possesso o la detenzione di locali ed aree scoperte a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani». Sono escluse dalla tassazione le «aree scoperte pertinenziali o accessorie a locali tassabili, non operative» e le «aree comuni condominiali di cui all'art. 1117 del codice civile che non siano detenute o occupate in via esclusiva». Di qui la norma (comma 642) fa chiaramente derivare il soggetto passivo del tributo: «chiunque possieda o detenga a qualsiasi titolo locali o aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani». Soggetta a tassazione è la loro superficie calpestabile<sup>39</sup>, fino all'adozione di un apposito provvedimento del Direttore dell'Agenzie delle entrate, da adottarsi previo accordo in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali (comma 645)<sup>40</sup>. Di tale superficie non viene considerata quella dove si formano, in via continuativa e prevalente, rifiuti speciali, al cui smaltimento sono tenuti a provvedere a proprie spese i produttori, sempre che ne dimostrino l'avvenuto trattamento in conformità alla normativa vigente.

La Tari viene corrisposta sulla base di una tariffa commisurata ad anno solare, tenendo conto dei criteri stabiliti nel d.P.R. n. 158 del 1999, ed ha natura di autonoma

<sup>39</sup> Tra le componenti del costo, il comma 654-*bis*, include anche «gli eventuali mancati ricavi relativi a crediti risultati inesigibili con riferimento alla tariffa di igiene ambientale, alla tariffa integrata ambientale, nonché al tributo comunale sui rifiuti e sui servizi (Tares)».

<sup>40</sup> In quest'ultima ipotesi «La relativa copertura può essere disposta attraverso apposite autorizzazioni di spesa e deve essere assicurata attraverso il ricorso a risorse derivanti dalla fiscalità generale del comune».

obbligazione tributaria. Va in ogni caso assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio relativi al servizio<sup>41</sup>. Il comma 655 mantiene ferma la disciplina del tributo dovuto per il servizio di gestione dei rifiuti delle istituzioni scolastiche, prevista dall'art. 33-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007, stabilendo che i relativi costi sono sottratti a quelli che debbono essere coperti con il tributo comunale sui rifiuti. È prevista per i comuni la possibilità di operare riduzioni tariffarie ed esenzioni nei casi indicati dal comma 659, e, rispetto a tali casi, «ulteriori riduzioni ed esenzioni» (comma 660)<sup>42</sup>.

Il d.P.R. n. 158 del 1999, con cui è stato approvato il c.d. metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costi da coprire con le entrate tariffarie e per la determinazione della tariffa di riferimento relativa alla gestione dei rifiuti urbani, stabilisce che la tariffa è composta da una parte fissa<sup>43</sup> e da una parte variabile, che si articola in fasce di utenza domestica e non domestica. Se all'utenza domestica vengono assicurate le agevolazioni previste dall'art. 49, comma 10, del decreto legislativo n. 22 del 1997, è vero pure che per le utenze non domestiche – nelle quali l'art. 6 del d.P.R. n. 158 del 1999 in argomento comprende le comunità, le attività commerciali, industriali, professionali e le attività produttive in genere – la parte fissa della tariffa attribuita alla singola utenza è basata su un coefficiente relativo «alla potenziale produzione di rifiuti» a sua volta legata alla «tipologia di attività per unità di superficie assoggettabile a tariffa»<sup>44</sup>. Quanto alla parte variabile, il comune organizza e struttura sistemi di misurazione delle quantità di rifiuti effettivamente conferiti dalle singole utenze, e, nelle more, applica un sistema presuntivo<sup>45</sup>.

Per quanto qui rileva, si può in sintesi sottolineare che il quadro normativo, brevemente tratteggiato, fa emergere la distinzione tra utenze domestiche e utenze

---

<sup>41</sup> La parte fissa è determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio, e, in particolare, agli investimenti per le opere ed ai relativi ammortamenti. La parte variabile è riferita alla quantità dei rifiuti conferiti, al servizio fornito e all'entità dei costi di gestione.

<sup>42</sup> Il coefficiente è determinato dal comune nell'ambito degli intervalli indicati nel punto 4.3 dell'allegato 1 del Decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1999, n. 158.

<sup>43</sup> Tale sistema presuntivo si fonda, per ogni singola tipologia di attività, sulla produzione annua per mq «ritenuta congrua nell'ambito degli intervalli indicati nel punto 4.4 dell'allegato 1» del Decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1999, n. 158.

<sup>44</sup> Sono le due macro-categorie nelle quali il d.P.R. n. 158 del 1999 divide le utenze.

<sup>45</sup> Occorre distinguere tra superficie commerciale e superficie calpestabile, perché la prima, a differenza dell'altra, tiene conto delle mura perimetrali o di divisione e degli spazi esterni. La superficie commerciale, generalmente considerata nelle compravendite, è, pertanto, più ampia della superficie utile: è quest'ultima che va considerata come base imponibile ai fini del calcolo della Tari.

non domestiche<sup>46</sup>, fermo restando che il possesso o la detenzione a qualsiasi titolo di locali e aree scoperte calpestabili<sup>47</sup> e suscettibili di produrre rifiuti urbani non speciali costituisce il presupposto della tassazione<sup>48</sup>. La normativa, inoltre, fa salva l'applicazione dell'art. 33-bis del decreto-legge n. 248 del 2007 in favore delle istituzioni scolastiche, ma non esclude agevolazioni in favore delle utenze non domestiche previste dall'art. 6 del d.P.R. n. 158 del 1999.

### 6.1 Le agevolazioni per le utenze non domestiche.

Risulta agevole individuare «le attività commerciali, industriali, professionali, produttive» che l'art. 6 del d.P.R. 158 del 1999 annovera tra le utenze non domestiche, non altrettanto può dirsi rispetto alla classificazione delle «comunità», pure comprese dalla stessa norma tra le utenze non domestiche. Si tratta di un termine generico, se non addirittura impreciso, che necessariamente, va riempito di contenuto attraverso uno sforzo interpretativo. Può ritenersi che il legislatore abbia voluto delineare una categoria residuale o una clausola aperta per collocarvi tutto quello che non è definibile né come utenza domestica né come attività commerciale, industriale o

---

<sup>46</sup> La giurisprudenza pone a carico del possessore dell'immobile una presunzione legale relativa alla produzione di rifiuti. Per vincere tale presunzione ai fini dell'esenzione dalla tassazione per le aree inidonee alla produzione di rifiuti «per la loro natura o per il loro uso», è onere del contribuente indicare nella denuncia originaria o in quella di variazione le obiettive condizioni di inutilizzabilità. Onere cui il contribuente è gravato anche in giudizio, dovendo fornire elementi obiettivi direttamente rilevabili o idonea documentazione: Comm. trib. reg. Puglia, Bari, Sez. I, 2 dicembre 2019, n. 3203, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Comm. trib. prov., Benevento, Sez. I, 10 aprile 2019, n. 216, *ivi*, 2019; Comm. trib. reg. Lazio, Roma, Sez. II, 4 maggio 2018, n. 2873 afferma che «in materia di Tariffe per lo smaltimento dei rifiuti, relativamente alla consistenza e variazione della superficie tassabile, grava sul contribuente fornire all'amministrazione comunale i dati che riguardano l'esistenza e la delimitazione delle aree che non concorrono alla quantificazione della complessiva superficie imponibile. Per il presupposto dell'occupazione di aree nel territorio comunale, vige il principio secondo il quale l'onere della prova dei fatti costituenti l'obbligazione tributaria spetta all'amministrazione. Per la quantificazione della tassa è posta a carico dell'interessato informare per ottenere l'esclusione di alcune aree dalla superficie tassabile. Tale esclusione è l'eccezione alla regola generale secondo cui al pagamento del tributo sono tenuti tutti coloro che occupano o detengono immobili nel territorio del comune», *ivi*, 2019; v. anche Cons. St., Sez. I, 23 ottobre 2019, n. 2754, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 6, I, 1608, interessante perché, affermando che l'occupazione o la detenzione di locali e aree scoperte a qualsiasi uso adibiti, che — in base alla direttiva europea del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/Cee, modificata con delibera 14 dicembre 1992, 92/111/Cee — si realizza anche con la locazione di posti destinati all'ormeggio di imbarcazioni in acqua, nonché di posti a terra per il rimessaggio delle imbarcazioni nell'area portuale, considera aree scoperte tutte le estensioni spaziali utilizzate a prescindere dal supporto solido o liquido di cui la superficie è composta e del mezzo terrestre o navale di cui ci sia avvale per effettuare l'occupazione.

<sup>47</sup> T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 21 luglio 2016, n. 486, in *Foro amm.*, 2016, 7-8, 1940.

<sup>48</sup> G. BERNABEI, *Tari e natura giuridica*, cit., 40-45.

professionale. Pur non facendo la norma alcun riferimento alle amministrazioni pubbliche né agli enti pubblici, essi devono ritenersi compresi tra i soggetti passivi del tributo, anche alla luce di un'interpretazione sistematica della normativa *de qua*. In tal senso depone il comma 655 della legge di stabilità 2014, che, prevedendo l'agevolazione per le istituzioni scolastiche di cui all'art. 33-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007, fa derivare, secondo *l'argumentum ex silentio*, che le altre amministrazioni pubbliche in generale siano soggette al tributo.

Certo è, tuttavia, che l'analisi della normativa consente di operare alcune distinzioni tra le ipotesi di agevolazione: vi è l'ipotesi che si fonda sul criterio soggettivo della natura giuridica del soggetto passivo (è il caso delle istituzioni scolastiche, per le quali l'art. 33-*bis*, più volte menzionato, introduce una speciale agevolazione); vi è l'ipotesi che, invece, si fonda sul criterio funzionale relativo alla «tipologia di attività», legata alla «potenziale produzione di rifiuti» (è quanto prevede l'art. 6 del d.P.R. n. 158 del 1999). Su quest'ultimo terreno la determinazione della quota fissa e della quota variabile della tariffa per il servizio di gestione dei rifiuti urbani «tiene conto delle caratteristiche dell'attività» e l'opzione del Comune, operata sulla base del metodo normalizzato ai fini dell'applicazione della tariffa, non pare sindacabile, trattandosi di scelte rientranti nell'alveo della discrezionalità amministrativa<sup>49</sup>.

Pertanto, l'art. 33-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007, proprio in quanto norma specificamente indirizzata alle istituzioni scolastiche che la Corte di Cassazione considera amministrazioni dello Stato, non consente di aprire varchi ad operazioni interpretative dirette ad estendere alle università l'ambito applicativo. Tuttavia, l'art. 6 del d.P.R. n. 158 del 1999, offrendo ai Comuni la possibilità di modulare sotto il profilo funzionale la determinazione della tariffa tanto nella parte fissa quanto in quella variabile, non preclude l'applicazione di agevolazioni per determinate attività, quali, per l'analisi qui condotta, l'attività didattica e formativa. Tant'è vero che il Comune di Roma, nella fattispecie esaminata dalla Cassazione, applica una riduzione tariffaria nella misura del 66,7% del dovuto non solo alle scuole, ma anche alle scuole private e paritarie, fermo restando quella prevista per le istituzioni scolastiche dall'art. 33-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007. Se tale ultima norma non è apparsa

---

<sup>49</sup> La tassa è un tipo di tributo, ovvero una somma di denaro dovuta dai privati cittadini allo Stato, che si differenzia dall'imposta in quanto la prima è applicata secondo il *principio della controprestazione*, ossia legata ad un pagamento dovuto come corrispettivo per la prestazione a suo favore di un servizio pubblico offerto da un ente pubblico.

alla Cassazione irragionevole e discriminatoria nei confronti delle università, trovando giustificazione nel diverso regime di autonomia di cui esse godono, non lo stesso può ritenersi di una norma, qual è quella del Regolamento Tari del Comune di Roma *ratione temporis* vigente, escludente dal beneficio delle agevolazioni le istituzioni universitarie, indicate come volano di sviluppo ma scarsamente dotate delle risorse necessarie.

## 7. Criteri di calcolo e proposte in merito a parametri di riduzione della Tari.

Alla luce di quanto sin qui enucleato, può sostenersi che la natura giuridica della Tari<sup>50</sup> sia mista, ibrida: è un tributo, per alcuni aspetti assimilabile ad una tassa<sup>51</sup>, ha altresì una componente di corrispettivo per un servizio goduto, ma *last but not least*, come in premessa già accennato, risulta complessivamente più vicina ad un'imposta, con una decisa connotazione patrimoniale, essendo connessa alla consistenza di beni patrimoniali, ossia al possesso o alla detenzione a qualsiasi titolo di locali o di aree scoperte, a qualsiasi uso adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani.

Come già in parte rilevato, alla luce della legge istitutiva della Tari nonché dei regolamenti comunali, la mancata prestazione del servizio genera la (possibilità di richiesta di) riduzione della tassa: perciò pare assumere anche i tratti di corrispettivo, quasi come se scaturisse da un sinallagma contrattuale<sup>52</sup>. Appaiono pertanto doverose le riduzioni per mancato esercizio della raccolta<sup>53</sup> in quanto sussiste un rapporto tra servizio reso e tariffa.

<sup>50</sup> A titolo di raffronto, si rileva che il canone idrico, per le acque reflue e depurazione è, a seguito di sentenza della Corte cost. n. 335 del 2008, un corrispettivo per contratto per il godimento di un servizio, consultabile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>51</sup> E. RIGHI, *Tasse sui rifiuti solidi urbani: condizioni e portata delle riduzioni disposte per mancato o irregolare servizio di raccolta*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, cit., 1780-1781.

<sup>52</sup> Cfr. P. MIRTO, *Tassa dei rifiuti: la quota fissa è sempre dovuta*, Commento a Corte di Cassazione 23 maggio 2019, n. 14038, in *Finanza e tributi locali*, 7, 2019, 27-32: «nella tassa rifiuti la quota fissa, essendo destinata alla copertura dei costi fissi del servizio, ed essendo indipendente dalla quantità e qualità dei rifiuti prodotti, è sempre dovuta».

<sup>53</sup> Ad es., ai sensi dell'art. 26 del Regolamento per la disciplina della tassa sui rifiuti (TARI) del Comune di Reggio Calabria, le riduzioni tariffarie si applicano a seguito di dichiarazioni iniziale, ovvero, in mancanza, a seguito di presentazione di istanza da redigersi su apposito modulo. Nel caso in cui spettino più riduzioni previste dal regolamento le stesse non sono cumulabili e sarà applicata la più favorevole, con esclusione del beneficio per il compostaggio domestico spettante comunque. Se la richiesta della riduzione viene presentata entro il 30 giugno di ciascun anno, la relativa applicazione ha efficacia per il medesimo anno e per le annualità

Essendo la base imponibile composta da una parte (*id est*: quota) fissa<sup>54</sup>, commisurata alla superficie tassabile e da una parte variabile, ancorata al numero dei componenti del nucleo/occupanti, qualora sussistano stabili inutilizzati, si potrebbe perciò avanzare, con riferimento a questi, richiesta di esenzione che ha efficacia *ex nunc* ossia a decorrere dalla presentazione della domanda.

Ai fini di un utile confronto e riflessione, si rammenta altresì che per quel che concerne le utenze domestiche, ai fini del calcolo della Tari, si prende oggi a riferimento ai fini della tassazione soltanto l'80 % della superficie. I parametri di calcolo per la tassa sui rifiuti, come già evidenziato, sono previsti dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), istitutiva della Tari. In un'ottica di semplificazione del parametro, va rilevato che gli studenti costituiscono la maggior parte degli utenti e che si tratta di un numero dinamico. In via propositiva, si potrebbe aggiornare questo dato ogni tre anni. Se le superfici non variano, il parametro potrebbe essere costituito dal numero degli studenti, in linea con quanto avviene per il fondo per il funzionamento delle istituzioni scolastiche in cui «i criteri e le modalità di corresponsione delle somme dovute ai singoli comuni» sono stabiliti «in proporzione alla consistenza della popolazione scolastica», ai sensi del citato art. 33-*bis* del decreto legge n. 248 del 2007. Sussiste un onere burocratico annuale di tipo informativo contenuto nei regolamenti comunali Tari<sup>55</sup> ma tali norme, molto articolate, causano difficoltà applicative. Tra l'altro, è utile rammentare che non esiste una norma specifica per le università<sup>56</sup>, per cui, se non viene stipulata una Convenzione, si fa riferimento ai criteri generali ai fini della tassazione sui rifiuti.

---

future se non intervengono variazioni nelle condizioni necessarie per l'applicazione stessa. Nel caso in cui la richiesta venga presentata oltre il 30 giugno, la riduzione si applicherà a partire dal 1° gennaio dell'anno successivo.

<sup>54</sup> Addirittura, nel regolamento comunale Tari di Reggio Calabria, l'università non è neanche contemplata come categoria. In linea generale, si potrebbe avanzare richiesta di riduzione/tariffa agevolata in linea con quanto previsto dalla recente giurisprudenza (Cfr. ordinanza Cass. n. 25524/2019). Può ritenersi infatti che per le università sussistano i presupposti per avanzare richiesta di riduzione/tariffa agevolata, in linea con quanto stabilito per le scuole all'art. 29 del regolamento comunale Tari di Reggio Calabria. Si rammenta che oggi per le scuole è ulteriormente prevista l'esenzione in virtù del fondo statale per il funzionamento delle istituzioni scolastiche.

<sup>55</sup> A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, pubblicato anche in AA.VV., *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli, 2007, *passim*.

<sup>56</sup> <https://quotidianoentilocali.ilsole24ore.com/art/fisco-e-contabilita>: «Se il regolamento comunale Tari prevede una riduzione della tariffa per le scuole di ogni ordine e grado applicabile alle superfici destinate ad attività didattiche, questa agevolazione opera anche a favore delle università, anche se enti di diritto pubblico distinti dalle amministrazioni dello Stato. Secondo quanto emerge dall'ordinanza della Corte di cassazione n.

In merito ai criteri di calcolo ai fini della determinazione della Tari applicabile, pare opportuno effettuare un raffronto, nell'ambito degli enti di formazione, tra il trattamento a cui sono sottoposte le scuole e quello previsto per le università, al fine di scandagliare eventuali ipotesi di esenzione oppure di riduzione mediante applicazione di una tariffa agevolata. Innanzitutto, al fine di colmare il *gap* cui sono sottoposti gli istituti universitari rispetto a quelli scolastici, per le università potrebbe introdursi normativamente un'esenzione mediante un finanziamento straordinario dello Stato nei loro confronti. Alla luce di un canone di ragionevolezza<sup>57</sup>, dopo aver ponderato la praticabilità di una via ermeneutica e di aggiornamento del dato normativo ai fini della previsione di un'esenzione anche alle istituzioni universitarie, pare a tal punto utile effettuare un'analisi ai fini dell'applicabilità della norma regolamentare agevolatrice *ratione temporis* vigente, prevista *ab origine* per le scuole, altresì alle università<sup>58</sup>, soffermandosi nello specifico sul calcolo del fattore di riduzione.

A tal proposito, emerge chiaramente che i regolamenti comunali in materia di Tari comportino elevati margini di discrezionalità in capo ai Comuni riguardo alla previsione o meno di una riduzione della tassazione, anche con riferimento ai criteri che risultano complessi, problematici nell'applicazione alle università; la loro superficie è, infatti, composta da spazi disomogenei, quali, a titolo esemplificativo, le aree scoperte, la mensa, la biblioteca, le residenze per gli studenti che potrebbero essere assimilate, ai fini del calcolo Tari, alle abitazioni domestiche, così come gli spazi comuni sono assimilati alle parti condominiali. Sarebbe perciò utile sancire nella legge istitutiva della Tari l'obbligo dei comuni di inserire una riduzione all'interno di un *range*, tra un minimo ed un massimo, a seconda delle esigenze di bilancio comunali. In un'ottica propositiva e chiarificatrice, pare altresì necessario un approfondimento sui potenziali parametri utilizzabili ai fini di una riduzione della

---

25524/2019, essendo le università amministrazioni pubbliche ma non organi dello Stato, non possono beneficiare dell'esenzione Tari prevista dall'articolo 33-bis del D.L. n. 248/2007».

<sup>57</sup> Cfr. invece, Cass., ordinanza 18 gennaio 2019, n. 1341 da cui si può evincere il principio della inapplicabilità della "tassa" dove il servizio non può essere reso, in quanto a carico di altri soggetti, per cui: «nell'ambito delle aree autostradali e delle relative pertinenze, l'attività di raccolta e di gestione dei rifiuti compete al concessionario dell'autostrada, il quale, in base all'art. 14 del codice della strada, è tenuto ad attivare il relativo servizio di raccolta e trasporto di rifiuti fino alla discarica. Ne consegue che, in relazione a tale attività, deve ritenersi esclusa la competenza dei Comuni».

<sup>58</sup> Si è consapevoli di essere in presenza di norme che, «prevedendo agevolazioni od esenzioni d'imposta, sono di stretta interpretazione, con conseguente impedimento all'estensione dei benefici in via analogica a casi diversi da quelli in esse espressamente contemplati (art. 14 preleggi)». Cfr. ord. Cass. n. 25524 del 2019, cit.

Tari a cui sono sottoposte le università. Sussistono a tal proposito diverse perplessità connesse ad una forse sproporzionata discrezionalità dei Comuni<sup>59</sup>, e si nutrono dubbi sulle modalità di imposizione della Tari alle istituzioni universitarie, sulle modalità di discernimento rispetto alle scuole, essendo, come già rilevato, enti accomunati dallo svolgimento di attività di formazione. Fermo restando l'ossequio dell'art. 33-bis del decreto legge n. 248 del 2007<sup>60</sup>, pare plausibile avanzare la proposta di una previsione normativa *ad hoc* per le università che contempra l'istituzione di un fondo per il loro funzionamento<sup>61</sup> che potrebbe, in un'ottica di armonizzazione nel contesto degli enti che svolgono attività didattica, assurgere a criterio cardine. Si

<sup>59</sup> Per quel che concerne invece le scuole, si v. atti parlamentari preparatori inerenti la conversione in legge del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria, CAMERA DEI DEPUTATI N. 3324-A/R; si cfr. in particolare l'art. 33-bis. – (Servizio di raccolta e smaltimento rifiuti nei confronti delle istituzioni scolastiche). – «1. A decorrere dall'anno 2008, il Ministero della pubblica istruzione provvede a corrispondere direttamente ai comuni la somma concordata in sede di Conferenza Stato-città e autonomie locali nelle sedute del 22 marzo 2001 e del 6 settembre 2001, valutata in euro 38,734 milioni, quale importo forfetario complessivo per lo svolgimento, nei confronti delle istituzioni scolastiche statali, del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani di cui all'articolo 238 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. I criteri e le modalità di corresponsione delle somme dovute ai singoli comuni, in proporzione alla consistenza della popolazione scolastica, sono concordati nell'ambito della predetta Conferenza. Al relativo onere si provvede nell'ambito della dotazione finanziaria del Fondo per il funzionamento delle istituzioni scolastiche, di cui all'articolo 1, comma 601, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. A decorrere dal medesimo anno 2008, le istituzioni scolastiche statali non sono più tenute a corrispondere ai comuni il corrispettivo del servizio di cui al citato articolo 238 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. Il Ministero della pubblica istruzione provvede al monitoraggio degli oneri di cui al presente comma, informando tempestivamente il Ministero dell'economia e delle finanze, anche ai fini dell'adozione dei provvedimenti correttivi, di cui all'articolo 11-ter, comma 7, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni. Gli eventuali decreti emanati ai sensi dell'articolo 7, secondo comma, numero 2), della citata legge n. 468 del 1978 prima della data di entrata in vigore dei provvedimenti di cui al precedente periodo sono tempestivamente trasmessi alle Camere, corredati da apposite relazioni illustrative».

<sup>60</sup> P. M. MARTINO, *Il rispetto del principio di proporzionalità come limite ai poteri comunali relativi alla tassazione sui rifiuti*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1, 2015, 56-62, rileva, tra l'altro che, alla luce della giurisprudenza comunitaria, il principio "chi inquina paga" deve essere ritenuto quale espressione del principio di proporzionalità e «deve essere interpretato nel senso di precludere a normative interne di imporre ai singoli costi manifestamente inadeguati per lo smaltimento dei rifiuti perché non dimostrano un legame sufficientemente ragionevole con la produzione dei rifiuti».

<sup>61</sup> Per l'anno 2019, a Reggio Calabria, agli istituti scolastici è stata applicata la tariffa di € 3,12 al metro quadrato. Per la categoria "uffici, agenzia, studi professionali" la tariffa invece è quasi del doppio, ovvero € 6,19. L'ordinanza della Cassazione ha dettato un principio secondo cui le eventuali riduzioni/agevolazioni previste per le scuole nelle disposizioni comunali possono essere estese alle Università (solo ha escluso la partecipazione al fondo statale sancito per le istituzioni scolastiche). Pertanto, a titolo esemplificativo, qualora l'Università Mediterranea di Reggio Calabria sia stata tassata con una tariffa più elevata rispetto a quella prevista per le scuole (ossia € 3,12), avrebbe diritto a poter richiedere il trattamento migliorativo, sulla scorta del principio di diritto enunciato dalla Cassazione. Ci si chiede quale sia la tariffa applicata all'Università Mediterranea di Reggio Calabria. E' plausibile che sia stata tassata come uffici ossia 6 euro al metro quadro (tariffa peggiorativa rispetto alla categoria scuole che è di € 3,12). Perciò già per il 2020 si potrebbe chiedere riduzione ed agevolazione in tal senso. A titolo di raffronto, giova rilevare che nel Comune di Bologna, città universitaria, vi è una tariffa più conveniente: ai sensi dell'art. 1 comma 163 L. n. 296/2009, la tariffa tari 2019 è di 2,94 al metro quadro, rientrando le scuole nella categoria 1.

rammenta, a tal proposito, che il fondo istituito per l'esenzione della scuola risulta di un cospicuo ammontare. Pertanto, è evidente la disparità (*melius*: discriminazione) di trattamento tra le due istituzioni di formazione. Si potrebbe altresì promuovere, in fase di redazione di bilancio annuale e pluriennale, una posta (*id est*: voce) sotto forma di sovvenzione statale mediante cofinanziamento dello Stato che possa fungere da sussidio per le università ai fini della corresponsione della tassa sui rifiuti. Più precisamente, il Ministero dell'Università e della Ricerca, d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze potrebbero farsi carico, sia pure parzialmente, anche in modalità graduata, di questo onere per ragioni di razionale coerenza sistematica rispetto alla missione formativa delle università. Si ritiene che una simile proposta non risulti configgente con la *ratio legis* del citato art. 33-bis.

Alla luce di un criterio di giustizia nonché di un canone di proporzione<sup>62</sup>, risulta ingiusto che le università siano sottoposte ad una tassazione piena mentre le scuole siano liberate dall'onere in quanto totalmente esenti.

Ai fini del raggiungimento di una più equa tassazione, in linea con il principio enunciato dalla Cassazione nella recente ordinanza n. 25524 del 2019, potrebbe rendersi generalizzata l'applicazione della tariffa ridotta, inserendo nei regolamenti comunali Tari un'agevolazione estesa alle università. Sul costo generale della tassa sui rifiuti incide la raccolta differenziata: maggiore è l'effettuazione di questa, minore sarà l'importo da corrispondere a titolo di Tari. Il materiale riciclato ha un valore positivo in quanto consente di creare un circolo virtuoso orientato alla massima

---

<sup>62</sup> Cfr. articolo 1, comma 668, Legge del 27 dicembre 2013 n. 147, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" (Legge di stabilità 2014), in vigore dal 1 gennaio 2014, ai sensi del quale: «I comuni che hanno realizzato sistemi di misurazione puntuale della quantità di rifiuti conferiti al servizio pubblico possono, con regolamento di cui all'articolo 52 del decreto legislativo n. 446 del 1997, prevedere l'applicazione di una tariffa avente natura corrispettiva, in luogo della TARI. Il comune nella commisurazione della tariffa può tenere conto dei criteri determinati con il regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1999, n. 158. La tariffa corrispettiva è applicata e riscossa dal soggetto affidatario del servizio di gestione dei rifiuti urbani»; v. altresì art. 28 bis *Reg. comunale Tari rc.* rubricato **BONUS INCENTIVANTE PER IL CONFERIMENTO DIRETTO DEI RIFIUTI DIFFERENZIATI**: «1. In conformità al principio comunitario "*paghi per i rifiuti che produci*" - nelle more dell'attuazione della tariffazione puntuale con lo svolgimento a regime del sistema del "porta a porta" su tutto il territorio comunale, cui potrà essere prevista, con apposita deliberazione del Consiglio Comunale, una specifica agevolazione tariffaria - alle utenze domestiche registrate nel ruolo della Tari che consegnano i propri rifiuti riciclabili direttamente presso il centro comunale di raccolta rifiuti (isola ecologica) o presso altri siti indicati dall'Amministrazione Comunale, viene riconosciuto un "*bonus incentivante*" (o "*ecopunto*") per ogni Kg di rifiuto conferito. 2. Con deliberazione della Giunta Comunale verranno disciplinate le modalità di applicazione e determinazione del bonus di cui al comma precedente, compresa la corrispondenza fra "*ecopunti*", tipologia/purezza di rifiuto conferito e controvalore economico/prestazionale, in termini di riduzione tariffaria o di altre premialità da riconoscere in favore degli utenti domestici, anche sotto forma di sconti o riduzioni per la fruizione di servizi pubblici o di accesso a servizi privati in convenzione.

riduzione dell'impatto dei rifiuti. Ovviamente tutti i materiali non sottoposti alla raccolta differenziata vengono trasportati in discarica; da ciò deriva un costo, non essendovi un recupero economico.

A titolo esemplificativo si confrontano due città universitarie: Bologna e Reggio Calabria (aliquote massime)<sup>63</sup>:

|  |  |
|--|--|
| Tariffa Tari 2019 Comune di Bologna per<br>istituti scolastici<br>€ 2,94 al metro quadrato | Tariffa Tari 2019 Comune di Reggio<br>Calabria per istituti scolastici<br>€ 3,12 al metro quadrato |
|--|--|

Sempre nell'ambito di un raffronto tra il trattamento cui sono sottoposte le scuole rispetto alle università, va rilevato che nelle prime, essendo scuole dell'obbligo, vi è addirittura una frequenza maggiore da parte degli studenti ossia un accesso quotidiano, fattore che dovrebbe indurre a ritenere che negli istituti scolastici potenzialmente (statisticamente) vi sia una maggiore produzione di rifiuti rispetto alle università. Tra l'altro, teoricamente l'obbligo formativo, ossia il diritto/dovere degli studenti di continuare a frequentare attività formative, sussiste fino al compimento del diciottesimo anno di età; in realtà oggi senza un titolo di studio universitario si stenta a trovare un'occupazione. Il percorso di studi universitari è diventato essenziale anche ai fini dello sviluppo del Paese, della crescita del Pil.

In linea con quanto già evidenziato, il criterio guida nella tassazione dovrebbe essere la produzione dei rifiuti alla luce del principio comunitario "paghi per i rifiuti che produci"<sup>64</sup>. Invece, il dato concreto applicativo fa sì che ne sia scaturita una polemica per cui la Tari sarebbe di fatto "una seconda Imu".

---

<sup>63</sup> Per un'acuta ed efficace analisi tecnico-giuridica su emergenza e tutela ambientale, v. le chiare note di R. CHIARELLI, *Emergenza e tutela ambientale. Introduzione al volume*, 2020, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it), in cui l'Autore presenta la Sua recentissima Opera, suddivisa in due volumi.

<sup>64</sup> La quota fissa viene calcolata in base alla superficie (metri quadri) moltiplicata per la tariffa fissa unitaria. La parte variabile della Tari dipende dal numero dei componenti. Alla quota fissa va quindi aggiunta anche la somma relativa al calcolo della quota variabile, che si riferisce alla copertura dei costi di servizio per raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti. Il calcolo della Tari è effettuato in base alla quantità di rifiuti prodotti in via presuntiva stabilita dalle delibere comunali.

## 8. Tari e Covid-19 nella transizione dalla fase dell'emergenza alla fase della ricostruzione nelle università.

Con riferimento alla tassazione sui rifiuti nelle istituzioni universitarie, parrebbe opportuno valutare se l'assenza o ridotta presenza di studenti, docenti e personale tecnico-amministrativo negli Atenei durante la fase emergenziale<sup>65</sup> dovuta al Covid-19 possa consentire di avanzare richiesta di riduzione dell'importo da corrispondere, in particolare nella sua componente variabile, essendo minima o inesistente la quantità di rifiuti prodotti durante tale fase.

Al riguardo, va osservato che la componente variabile viene calcolata con riferimento al numero dei componenti nucleo/presenze in Ateneo, e si rammenta, altresì, che la parte fissa della Tari viene calcolata considerando il costo del servizio (non espletato o minimo nel periodo emergenziale) e con riferimento alla superficie calpestabile. Pertanto, anche in relazione alla componente fissa, potrebbe considerarsi l'ipotesi di richiedere una riduzione<sup>66</sup>. Potrebbero sussistere margini per richiedere l'esenzione, considerato che gli stabili non sono stati utilizzati. Giova sottolineare che una tale misura potrebbe coesistere ed assommarsi con altre previsioni di riduzione o esenzione, non presentando profili di incompatibilità rispetto alle altre ipotesi scandagliate. Addirittura, si verificherebbe una duplicazione della tassazione in quanto gli studenti ed i docenti sono in teledidattica ed i dipendenti in *smart working* nelle proprie abitazioni. Per cui l'unica conclusione a cui ragionevolmente può giungersi è che la Tari dalle università non è dovuta o va opportunamente ridotta in quanto non vi è stata produzione di rifiuti. Va rammentato che la potestà

---

<sup>65</sup> Per un approfondimento del recente dato normativo, pare utile evidenziare che l'art. 113 del D.L. n. 18/2020, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" ha previsto la proroga al 30 giugno 2020 dei termini di scadenza di alcuni degli adempimenti relativi alla gestione dei rifiuti. L'art. 113-*bis* del medesimo decreto legge permette di derogare alle quantità ed ai limiti temporali massimi previsti dal Codice dell'ambiente per l'effettuazione del deposito temporaneo di rifiuti, prevedendo che il quantitativo massimo possa essere raddoppiato e che il limite temporale massimo possa avere una durata fino a 18 mesi. Con il *Waste management in the context of the coronavirus*, pubblicato il 14 aprile 2020, la Commissione europea ha fornito indicazioni agli Stati membri sulle modalità di gestione dei rifiuti a seguito dell'emergenza da covid. Il 30 marzo 2020, essa ha altresì fornito indicazioni sulla spedizione dei rifiuti. A livello nazionale, orientamenti in tema di gestione dei rifiuti sono stati offerti tramite le indicazioni del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente (SNPA) nonché mediante la circolare del Ministero dell'ambiente n. 22276 del 30 marzo 2020. Un'efficace sintesi delle iniziative orientate al coordinamento sul territorio nazionale delle azioni di contrasto alla diffusione del covid-19 nell'ambito del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti è contenuta nella risposta all'interpellanza urgente 2-00695, atto Camera presentato il 31/03/2020, in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>66</sup> T. FANELLI, M. CLARICH, L. DE PAOLI, A. ORTIS, G. SILVESTRINI, F. TESTA, *La riforma della gestione dei rifiuti urbani, Idee per lo sviluppo sostenibile*, in [www.enea.it](http://www.enea.it).

regolamentare dei comuni, caratterizzata da discrezionalità, non può esorbitare in un illegittimo arbitrio in quanto è sottoposta a limiti derivanti dalla normativa di principio nazionale e comunitaria.

La Tari si calcola sulla base di indici a cui corrisponde la presumibile quantità di rifiuti prodotti. Gli indici presuntivi, in molti casi, risultano disancorati o non adeguatamente allineati al dato reale. Nel caso esemplificativo di Reggio Calabria, le aliquote della tassa sui rifiuti sono state poste al massimo dalla Commissione straordinaria. Appare, tuttavia, irragionevole e sproporzionato che permanga l'applicazione delle aliquote massime in questo periodo emergenziale di oggettiva inutilizzabilità degli stabili, a cui deve necessariamente seguire una fase di ricostruzione. Peraltro, il servizio di raccolta subisce ricorrenti e protratti periodi caratterizzati da disservizi. A tal proposito, il diritto alla riduzione della Tari, per i casi di disfunzione ossia irregolare o insufficiente svolgimento del servizio pubblico di raccolta dei rifiuti, è sancito nell'art. 59 del d.lgs. 15 novembre 1993 n. 507, anche in virtù della funzione solidaristica della Tari, in quanto nella determinazione della tariffa è prevista la copertura di spese accessorie connesse alla gestione dei rifiuti urbani, quali, a titolo esemplificativo, quelle di spazzamento delle strade. Certamente, alcune delle considerazioni effettuate nell'ambito del presente paragrafo sono da ritenersi di ordine generale, in quanto l'effetto Covid-19 non dovrebbe valere soltanto per le università ma altresì per tante altre attività rimaste ferme durante tale periodo emergenziale<sup>67</sup>.

## 9. Considerazioni finali.

Conclusivamente si ritiene che anche se formalmente l'università non sia annoverata tra le amministrazioni dello Stato ai fini dell'esenzione dal pagamento della Tari, sostanzialmente gli obblighi, i vincoli statali e la normativa di principio cui è sottoposta, ne minano in concreto l'autonomia e, pertanto, rendono sfumata tale differenza e labile codesto confine che normativamente, si è fissato tra il trattamento ai fini Tari delle scuole e quello cui sono sottoposte le università e gli enti di ricerca.

---

<sup>67</sup> Cfr. Cass., sent. n. 17381/2010, in cui la Corte di cassazione ha sostenuto che un utente che si rifiutava di usufruire del servizio, smaltendo i rifiuti in proprio, non fosse esonerato dal pagamento della Tarsu e non avesse neanche diritto ad una riduzione della tariffa.

Pertanto, sarebbe auspicabile un adeguamento normativo che renda maggiormente coerente la tassazione sui rifiuti delle istituzioni universitarie e degli enti di ricerca<sup>68</sup> rispetto a quella delle istituzioni scolastiche, che renda quantomeno non abissale tale diversità di trattamento, in linea col dato reale.

Una disciplina unitaria della tariffa corrispettiva di livello nazionale potrebbe conferire alle norme maggiore certezza ed uniformità, aspetti necessari per una regolamentazione seria e coerente a livello comunale che attualmente risulta perlopiù confusa, e non di rado influenzata dalle questioni locali di bilancio. *De iure condendo*, non avrebbe senso potenziare lo smaltimento in proprio in quanto tale attività non produrrebbe l'effetto utile di esonerare l'utente dal pagamento della Tari né tantomeno gli conferirebbe il diritto ad una riduzione tariffaria<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, 2019, p. 184 s: “La reggenza è l’istituto mediante il quale un soggetto, titolare di altro ufficio viene nominato, secondo procedimenti stabiliti dalla legge, a ricoprire l’ufficio per il tempo necessario”. “Alla reggenza (o incarico interinale) si provvede, ai sensi di legge, laddove non sia previsto, con riferimento alla titolarità di determinati uffici, l’istituto della supplenza”. “La supplenza è l’istituto mediante il quale un soggetto, titolare di altro ufficio nell’ambito dell’Amministrazione... ovvero preventivamente designato con questo specifico compito (i membri supplenti di organi collegiali, ad esempio eletti o nominati contestualmente ai membri effettivi) subentra al titolare nella titolarità dell’ufficio durante la temporanea vacanza di questo.” “Il titolare temporaneo dell’ufficio, supplente o reggente, subentra nella pienezza delle funzioni dell’ufficio stesso, con la stessa ampiezza del titolare, salvi alcuni correttivi, intesi a far sì che la sua azione non pregiudichi l’azione del titolare una volta che questi abbia ripreso possesso dell’ufficio”.

<sup>69</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., p. 205: “La delega di firma consiste in ciò, che un organo, pur mantenendo la piena titolarità circa l’esercizio di un determinato potere delega ad altro organo o anche a funzionario non titolare di organo il compito della firma degli atti nei quali il potere stesso si esercita”. “... degli atti firmati dal delegato, risponde nei confronti dei terzi il delegante”.

# ACCESSO ALLA DIRIGENZA E A POSIZIONI ORGANIZZATIVE: IL PERIMETRO DEL REQUISITO DEL PUBBLICO CONCORSO

**Sandro De Götzen**

**ABSTRACT** [ITA]: L'accesso alle Posizioni organizzative senza concorso pubblico non lede il principio del buon andamento, data la temporaneità dell'incarico. E' necessario, tuttavia, che le selezioni tra interni rispondano ai principi di imparzialità, trasparenza ed efficienza ed accertino la specifiche conoscenze professionali, tecniche e gestionali.

**ABSTRACT** [ENG]: *The access to Organisational Positions without competitive entrance examination does not prejudice the principle of efficient running, because of their temporary nature. It is, however, necessary that these selections among the civil servants respect impartiality, clearness and efficiency, and that they investigate specific professional technical and administrative knowledge.*

**SOMMARIO:** **1.1.** Premessa. La ricostruzione delle vicende normative, giurisprudenziali ed amministrative precedenti alla normativa impugnata; – **1.2.** La decisione della Corte ricostruisce, in fatto, le vicende che hanno portato alla riforma della struttura amministrativa delle Agenzie fiscali nelle more di vari concorsi per dirigenti, che a tutt'oggi, si ricorda, non sono stati espletati. – **2.** Il principio del pubblico concorso nella giurisprudenza costituzionale viene applicato solamente per l'accesso ad una posizione superiore; – **3.** (Segue) La limitazione del pubblico concorso al caso di assunzione di nuovo *status* (dirigenziale o funzionariale). Posizioni organizzative; l'incarico essenzialmente temporaneo non crea un nuovo status. Selezioni per l'accesso a Posizioni Organizzative; – **4.** Posizioni organizzative: l'incarico essenzialmente temporaneo: meccanismo diverso da quello dichiarato illegittimo dalla sent. 37/2015 Corte costituzionale; – **5.** La riserva parziale di posti di dirigenti agli interni e l'esonero di essi dalle prove preselettive di massima non contrastano col principio del buon andamento; – **6.** Sovrapposibilità parziale di compiti tra Posizioni Organizzative e dirigenza e diversità di posizione rispetto all'indirizzo e alle relazioni con gli organi politici. – **7.** Osservazioni conclusive.

### **1.1 Premessa. La ricostruzione delle vicende normative, giurisprudenziali ed amministrative precedenti alla normativa impugnata.**

La sent. 164/2020 decide sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 93 lett. a), b), c) e d) della legge 27 dicembre 2017, n. 205, relativi alla istituzione, nell'Agenzia delle entrate e nell'Agenzia delle dogane, di posizioni organizzative non dirigenziali, rispetto agli artt. 3, 51, 97 e 136 Cost., nonché dell'art. 1 comma 93 lett e) della stessa legge, sui concorsi per dirigenti, in relazione agli artt. 3, 51 e 97 della Costituzione.

La decisione riprende e riconferma, precisandola, la dottrina giurisprudenziale della Corte sul concorso pubblico, come modalità ordinaria per l'accesso al pubblico impiego e ne ripercorre le linee essenziali, da una parte con un confronto tra regolamentazione delle Posizioni Organizzative e i posti di dirigente, e, d'altra parte, con una considerazione di elementi della procedura d'accesso alla dirigenza.

Il principale problema istituzionale affrontato dalla Corte consiste nella mancata previsione di accesso tramite concorso pubblico alle Posizioni Organizzative, che viene ritenuta legittima.

Si confronta la posizione dei dirigenti e dei titolari delle Posizioni Organizzative e si esclude che queste ultime siano posizioni di livello dirigenziale o di una nuova area intermedia. Si esaminano i compiti ed i requisiti dei titolari delle Posizioni Organizzative, che non sono, secondo la Corte, estranei ai funzionari della terza area – sono essi, interni all'amministrazione, che possono accedere alle Posizioni Organizzative – e, si decide che non si tratta di una fascia superiore, né di un posto di dirigente.

### **1.2. La decisione della Corte ricostruisce, in fatto, le vicende che hanno portato alla riforma della struttura amministrativa delle Agenzie fiscali nelle more di vari concorsi per dirigenti, che a tutt'oggi, si ricorda, non sono stati espletati.**

Semplificando il discorso, possiamo individuare tre meccanismi volti a superare la mancanza di dirigenti.

In un primo momento, le posizioni dirigenziali vacanti furono coperte con contratti a tempo determinato con funzionari dell'Agenzia, ma la norma regolamentare, sulla cui base si operò, venne annullata dal giudice amministrativo

dato che la proroga, continua ed indefinita nel tempo nell'applicazione di mansioni superiori, non consentiva di individuare un'ipotesi di reggenza<sup>1</sup>. Successivamente, le Agenzie fiscali conferirono incarichi ad interim ai pochi dirigenti di ruolo, prevedendo deleghe di firma ai funzionari<sup>2</sup>; la soluzione non si rivelò adeguata e funzionale, dato l'esiguo numero di dirigenti di ruolo.

Da ultimo, si giunse all'orientamento attuale, di trasformare parte delle procedure per posti da dirigente in procedure selettive per posizioni organizzative di livello non dirigenziale, POER e POT (d'ora in poi Posizioni Organizzative), che consentono incarichi di elevata responsabilità, compresa la titolarità di uffici operativi di livello non dirigenziale. Esse, si diceva, forniscono "ai funzionari una prospettiva di carriera non legata al passaggio della dirigenza<sup>3</sup>. Il costo delle nuove Posizioni Organizzative viene coperto dal risparmio di spesa per i posti di dirigente precedentemente previsti e poi cancellati dall'organico.

Entrambe le Agenzie fiscali hanno modificato i regolamenti di amministrazione, come previsto dalla legge 205/2017, prevedendo e disciplinando le Posizioni Organizzative, che, nei fatti, sono attualmente già coperte da funzionari inquadrati nella terza area, mentre i concorsi per posti dirigenziali, pur ridotti nel numero, in proporzione con il numero delle nuove Posizioni Organizzative, sono ancora in corso di svolgimento.

Rileva la decisione in commento che si è previsto, riformando la struttura delle Agenzie, "un sistema capillare di strutture", le Posizioni Organizzative, come "articolazioni interne di uffici di livello dirigenziale".

---

<sup>1</sup> Sent. 164/2020, punto 2.3. dir.

<sup>2</sup> Sempre indicando il pubblico concorso sia come modalità normale di accesso dall'esterno agli impieghi nella pubblica amministrazione sia per un nuovo inquadramento per dipendenti già in servizio tra le altre sent. 217/2012 Corte cost. punto 5.2.1. in dir.; sent. 150/2010, punto 3.1. in dir.

<sup>3</sup> Sul problema del pubblico concorso si vedano i seguenti commenti: C. PINELLI, *Commento all'art. 97 3 comma Sez I*; U. POTOTSCHNIG, *Commento art 97 comma 3 sez II*, G. BORRE', *Commento all'art. 98 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Branca – Pizzorusso, Zanichelli Soc. ed. Foro ital., Bologna – Roma, 1994, *passim*; L. COEN, *Commento agli artt. 97 e 98*, in S. BARTOLE R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam Padova, p. 884 ss., 895 ss.

## 2. Il principio del pubblico concorso nella giurisprudenza costituzionale viene impiegato solo per l'accesso ad una posizione superiore.

La Corte – si v. tra le altre sent. 159/2005, punto 4.1. in dir.<sup>4</sup> - è ferma nello statuire la necessità del pubblico concorso sia per l'accesso dall'esterno al pubblico impiego che per l'accesso dall'interno ad una posizione superiore.

Il concorso pubblico previsto dall'art. 97 comma 3 della Cost<sup>5</sup>. è “la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto meccanismo strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione ...”<sup>6</sup> ed a tale meccanismo può “derogarsi ... solo in presenza di peculiari situazioni giustificatrici” per le quali il “vaglio di costituzionalità non può che passare attraverso una valutazione di ragionevolezza della scelta operata dal legislatore”<sup>7</sup>. Secondo il giudice costituzionale il concorso pubblico “quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione” (Corte cost., n. 453/1990)<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Il concorso pubblico è da ritenersi strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione così tra molte sent. 2015/2004; sentenze 34/2004; 194/2002 e 1 /1999; 373/2002. Si v. in dottrina G. D' ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, CLUA, Ancona, p. 66 ss.

<sup>5</sup> C. PINELLI, *Commento art. 97 comma 3*, in *Commentario Branca*, Zanichelli Soc. ed. Foro italiano, *Bologna Roma*, 1994, p. 320 ss in partic. p. 321: sottolinea come l'art. 97 comma 3 si inserisce in una tendenza già dominante prima della nuova Costituzione: “Appare chiara la volontà di riconoscere nel testo i sistemi di accesso invalsi in una legislazione che, dai primi del secolo, aveva assunto il concorso come <<mezzo normale>> pur se non <<esclusivo per accedere ai pubblici uffici>>”; nella giurisprudenza costituzionale sent. 217/2012 punto 5.2.1. in dir. pone in rilievo che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del pubblico concorso “deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime “ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle”. In tal senso Corte anche, ad esempio, cost. 159/2005.

<sup>6</sup> Il principio di imparzialità richiede che nelle commissioni di concorso siano presenti in maggioranza membri dotati delle competenze tecniche da accertare piuttosto che da politici o sindacalisti: una prevalenza di queste due ultime categorie lede l'art. 97 commi 1 e 3 : v. in tal senso Corte cost. 453/1990. Il principio di imparzialità si riflette anche “sulla composizione delle commissioni giudicatrici nei concorsi pubblici”. Il concorso è mezzo ordinario per accedere agli impieghi pubblici, corollario naturale dell'imparzialità “in cui viene a esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione”, “anche il concorso “deve in ogni caso ispirarsi al rispetto rigoroso del principio di imparzialità”. (punto 2 in dir.).

<sup>7</sup> G. BORRE', *Commento all'art. 98 Cost.*, in *La pubblica amministrazione*, art. 97-98, *Commentario alla Costituzione* Branca Pizzorusso, 1994, p. 459.

<sup>8</sup> Precisano che il principio del pubblico concorso normalmente “non tollera, salvo circostanze del tutto eccezionali la riserva integrale dei posti disponibili in favore del personale interno”, Corte cost. sent. 217/2012; Corte cost. sent. 194/2002; sent. 150/2010 punto 3. 1. In dir. esclude la legittimità di “arbitrarie restrizioni alla partecipazione alle procedure selettive” e statuisce “La natura comparativa e aperta della procedura è... elemento essenziale del concorso pubblico. Procedure selettive riservate, che escludano o riducano irragionevolmente la possibilità di accesso dall'esterno, violano il <<carattere pubblico>> del concorso (sent. n. 34 del 2004) e, conseguentemente i principi di imparzialità e buon andamento, che esso assicura. Un' eventuale deroga a tale principio è ammessa, secondo la giurisprudenza costituzionale, solo ove essa stessa sia strettamente funzionale

La norma di cui all'art. 97 comma 3 Cost., in combinazione con l'art. 51 Cost., è volta ad assicurare alla pubblica amministrazione la provvista dei migliori dipendenti, ma tutela anche l'interesse individuale dei meritevoli ad accedere a posizioni nel pubblico impiego. La dottrina chiarisce che " la norma (art. 97, 3 comma) sull'assunzione dei dipendenti pubblici per concorso" "...ha certamente un significato di garantismo individuale e di giusta messa al bando della politica nel senso deteriore del clientelismo... ma ha anche lo scopo di assicurare che la provvista dei pubblici dipendenti avvenga in modo tale da riflettere la pluralità di posizioni culturali e ideali presenti nel paese"<sup>9</sup>.

La regola del pubblico concorso, peraltro, è realmente rispettata "solo qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrari ed irragionevoli forme di restrizioni dei soggetti chiamati a parteciparvi"<sup>10</sup>.

L'accesso a funzioni più elevate dei dipendenti della pubblica amministrazione rientra, dunque, nella regola del pubblico concorso e non sono ragionevoli norme che prevedano scivolamenti automatici verso posizioni superiori (sent. 159/2005, punto 4.1. in dir.)<sup>11</sup>. L'accesso a Posizioni Organizzative, viceversa, secondo la Corte costituzionale, non costituisce una fattispecie di progressione verticale né un passaggio da un'area all'altra ed è perciò che non richiede il pubblico concorso, ma sono sufficienti forme diverse di selezione.

L'applicazione dell'art. 97 Cost. relativo alla regola del pubblico concorso, dice la sent. 164 /2020, ha, infatti, "come necessario presupposto l'acquisizione di un diverso

---

alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione (sent.n. . 9 del 2010 e 293 del 2009)". Corte cost. 149/2010 , punto 4.2. in dir., statuisce che un inquadramento nei ruoli prevedendo "semplicemente un previo giudizio di idoneità" si pone in "contrasto con il principio del pubblico concorso" e ricorda come "Questa Corte ha affermato più volte che solo esigenze obiettive, quali la necessità di valorizzare le esperienze lavorative maturate all'interno dell'amministrazione, possono giustificare la validità di procedure di selezione diverse rispetto al concorso pubblico, e solo a condizione che il principio del buon andamento della pubblica amministrazione sia assicurato in via alternativa con adeguati criteri selettivi idonei a garantire la professionalità dei soggetti prescelti (v. sentenze n. 9 del 2010, n. 191 del 2007, n. 205 del 2004, n. 34 del 2004, n. 427 del 2007, n. 190 del 2005, n. 517 del 2002, e n 141 del 1999)". Corte cost. 34/2004 ricorda che solamente "in peculiari ipotesi la Corte ha ritenuto legittime procedure concorsuali integralmente riservate a personale interno e specialmente qualificato Cfr. sentenze n 228 del 1997, n. 477 del 1995 e ordinanza n. 517 del 2002)". Si v. G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, cit. p. sulla necessità di adeguata motivazione nel caso di limitazioni all'ammissione ai concorsi.

<sup>9</sup> Non sono dunque ammessi scivolamenti generalizzati verso l'alto, stabilizzazioni senza alcuna prova selettiva statuisce la Corte costituzionale; si v. ad esempio sent 235/2010, punto 3.2. in dir.; sent. 159/2005, punto 4.1. in dir.

<sup>10</sup> C. PINELLI, *Commento all'art. 97 Cost.*, cit. rileva che in dottrina Il" sistema del concorso ... appare connesso, quasi connaturato, col carattere della durabilità, della stabilità del rapporto di pubblico impiego".

<sup>11</sup> La premessa del carattere temporaneo delle Posizioni Organizzative va accettata, pur se va chiarito che la temporaneità è del singolo incarico, risultando, invece, come modalità stabile di organizzazione delle Agenzie Fiscali.

status” (punto 12 in dir.), caratterizzato dalla stabilità<sup>12</sup>, escludendo che tale requisito sia presente nelle Posizioni Organizzative.

La Corte richiama, a supporto della decisione, il proprio precedente (sent. 128/2020) ove afferma che la “posizione organizzativa ...si caratterizza per la temporaneità dell’assegnazione, cui corrisponde una quota accessoria della retribuzione:”; “Essa può cessare anche prima del tempo indicato, “in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di valutazione negativa della performance individuale”<sup>13</sup>.

Il legislatore, chiarisce la Corte, prevede la applicabilità del principio del pubblico concorso in relazione all’accesso ad aree separate, in particolare ad una dirigenza “collocata in una posizione apicale autonoma e intermedia fra il livello politico e quello burocratico”: in questo caso “non si possono trovare eccezioni alla regola del concorso pubblico, ammissibili, peraltro, ai sensi dell’ultimo periodo del medesimo art. 97 Cost”. Si tratta dell’esigenza di “una naturale stabilità, assicurata dalla tassatività ed eccezionalità dei casi in cui può venir meno, e che per la dirigenza in particolare, è garanzia di autonomia e di indipendenza”<sup>14</sup>.

Per l’accesso alle Posizioni Organizzative, caratterizzate dall’essere essenzialmente temporanee, il pubblico concorso non è necessario, anche se la selezione dei soggetti cui attribuirle deve “rispondere ai principi di imparzialità, trasparenza ed efficienza” (v. infra par. 3). Si ricorda che i modi di selezione diversi dal pubblico concorso

<sup>12</sup> L’accesso tramite pubblico concorso viene contrapposto a forme fiduciarie di selezione dei pubblici dipendenti: le forme fiduciarie di accesso garantiscono una maggior sintonia con l’organo politico ma vanno limitate all’accesso alle posizioni burocratiche di vertice, mettendo l’uso opposto a rischio l’imparzialità dell’amministrazione; in tal senso sullo *spoilsystem* Corte cost. sent. 104/2007; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., p. 185 ss.; D. BOLOGNINO, *la dirigenza pubblica statale tra autonomia e responsabilità*, Cedam, Padova, 132 ss.; F. MERLONI, *Lo spoilsystem è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentt. n. 103 e 104 del 2007)*, in *Le Reg.*, 2007, p. 836 ss.; S. de GOTZEN, *Il bilanciamento tra spoilsystem e principio di distinzione tra politica e pubblica amministrazione nella dirigenza regionale*, ivi, p. 848 ss.

<sup>13</sup> Si v. C. PINELLI, *Commento all’art. 97 comma 3*, cit., p. 341 ss. Per il fenomeno della fuga dal concorso pubblico. Si v. per un quadro aggiornato dei sistemi di accesso al pubblico impiego, con citazioni di giurisprudenza R. GIOVAGNOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Italedizioni, Torino, p. 276 ss.; per il riconoscimento dell’esperienza nella selezione dei pubblici dipendenti G. D’ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Clua edizioni, Ancona, 1993, p. 63 ss.: ivi, p. 87 “il rilievo dato all’esperienza emerge chiaramente in riferimento alla tematica dei concorsi pubblici, sia per quanto attiene alla ammissibilità di “concorsi riservati” sia per quanto concerne soprattutto la possibilità di stabilire particolari requisiti (o deroghe rispetto a certi vincoli) per la partecipazione alle procedure selettive”. Corte cost. 412/1988.

<sup>14</sup> Si v. in merito F. CAVALLUCCI, *La nuova regolamentazione delle posizioni organizzative dopo l’intervento del CCNL21 maggio 2018*, in *Azienditalia*, 2018, p. 1315 ss, in partic. p. 1316, che rileva che la valutazione dei requisiti culturali è semplice, mentre il riscontro di quelli attitudinali è più complessa e richiederebbe la presenza nella commissione di uno psicologo del lavoro.

debbono comunque “consentire una seria verifica della professionalità richiesta” (così espressamente sent. 194/2002).

**3. (Segue) La limitazione del pubblico concorso al caso di assunzione di nuovo status (dirigenziale o funzionariale).** Posizioni organizzative: l’incarico essenzialmente temporaneo non crea un nuovo status. Selezioni per l’accesso a posizioni organizzative.

La sentenza 164/2020, come si è detto, giustifica sia la mancata previsione del pubblico concorso per l’accesso alle Posizioni Organizzative, sia la loro attribuzione ai soli funzionari interni, per la totalità delle posizioni. Si tratta, dice la Corte, di un meccanismo che valorizza la cultura professionale acquisita operando in determinati ruoli della amministrazione e tale valorizzazione è di diretta derivazione del principio del buon andamento<sup>15</sup>.

Tale delimitazione dell’applicazione della dottrina giurisprudenziale del pubblico concorso è giustificata con l’affermazione che il pubblico concorso è necessario ove si passi da un’area o posizione ad un’altra, con una modifica di status, che si ha nel caso di una progressione verticale, come nel caso di diversità di area o, in questa prospettiva, nel caso di accesso alla dirigenza. La decisione statuisce che la Posizione Organizzativa di cui si tratta non comporta una modificazione di status, ma si risolve “nell’affidamento di semplici incarichi, alla cui cessazione i destinatari riprendono fisiologicamente ad esercitare le funzioni che sono proprie della loro area di appartenenza” (punto 11 in dir.).

In questo modo la Corte si conforma alla ricostruzione della Corte di Cassazione, la quale afferma che “il conferimento di una posizione organizzativa non comporta l’inquadramento in una nuova categoria contrattuale, ma unicamente l’attribuzione temporanea di una posizione di responsabilità, con correlato beneficio economico, alla scadenza della quale il dipendente resta inquadrato nella categoria di appartenenza, con il relativo trattamento economico” (punto 4.2. in dir., che richiama da ultimo Cass. Civ. sezione lavoro, ordinanza 10 luglio 2019, n. 18561).

---

<sup>15</sup>L’art. 8, comma 24 del d.l 16/2012 “ha contribuito all’indefinito protrarsi nel tempo di un’assegnazione asseritamente temporanea di mansioni superiori, senza provvedere alla copertura dei posti dirigenziali vacanti da parte dei vincitori di una procedura aperta e pubblica (sent 37/2015 punto 4.5. in dir.) (vedi) Il legislatore fissando sempre nuovi termini per il completamento delle procedure concorsuali. Ha allontanato “sempre di nuovo nel tempo la scadenza di questi” e “ha operato in stridente contraddizione con l’affermata temporaneità”. (punto 4.2. in dir.)

Le Posizioni Organizzative, secondo la Corte costituzionale, hanno ad oggetto “funzioni di natura non dirigenziale” e “non estranee a quelle già proprie della terza area” (che è l’area dei soggetti che possono diventare titolari della Posizione Organizzativa), e si caratterizzano per la circostanza che sono “fisiologicamente temporanee”; come si è detto, si tratta, nella ricostruzione della Corte, di “affidamento di semplici incarichi” “alla cui cessazione i destinatari riprendono ad esercitare le funzioni che sono proprie della loro area di appartenenza. Il passaggio di area (punto 10 in dir.) cui fa da riscontro l’attribuzione di un nuovo status, è, invece, un fenomeno caratterizzato da una “naturale stabilità”, assicurata dalla tassatività ed eccezionalità dei casi in cui può venir meno”.

Solamente nel caso di “acquisizione di uno status, per sua natura almeno relativamente stabile, “si impone il rispetto delle procedure concorsuali”, “procedure che sarebbe, invece, eccessivo pretendere per accedere a posizioni che non hanno il carattere della stabilità”.

Le selezioni per le Posizioni Organizzative, se pur non avvengono tramite concorso pubblico, ed anche se si svolgono solo tra interni all’amministrazione, devono comunque rispondere ai principi di imparzialità, trasparenza ed efficienza. La selezione interna deve tenere conto “delle conoscenze professionali, delle capacità tecniche e gestionali degli interessati e delle valutazioni ... conseguite negli anni precedenti”. Per poter accedere alle Posizioni Organizzative si deve “acquisire specifiche conoscenze che devono essere imparzialmente vagliate dall’amministrazione conferente”, (punto 14 in dir.). Si tratta, dunque, di una modalità di selezione volta ad accertare l’adeguatezza della preparazione dei candidati, che riguarda sia conoscenze sia teoriche che esperienziali che abilità e capacità gestionali<sup>16</sup>. La Corte dichiara la legittimità costituzionale delle disposizioni che prevedono e disciplinano le Posizioni Organizzative, cui accedono unicamente funzionari già in servizio nella terza area, previa una prova idonea a selezionare i candidati, strutturata in tre fasi, e che prevede valutazione di titoli ed esami. (v infra par.2).

Secondo la Corte le Posizioni Organizzative non comportano l’attribuzione di poteri dirigenziali: già la precedente sent. 128/2020 rilevava che le Posizioni Organizzative “non sono equiparabili al più elevato profilo dei dirigenti, di cui non hanno né le funzioni né lo status” (sent 128/2020, punto 4.2. in dir.), e l’affermazione è condivisibile, se non si arriva sino al punto di considerare ontologicamente diversa la direzione degli uffici dirigenziali e la direzione di uffici non dirigenziali affidati ai

<sup>16</sup> Per tutti V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., p. 184 s.

titolari di Posizione Organizzativa. La sent. 164, infatti, avanza l'argomentazione che tutte le funzioni dei titolari delle Posizioni Organizzative sono diverse da quelle dei dirigenti. Ma ciò non pare perché nell'ambito della ampia autonomia i titolari di Posizioni Organizzative possono svolgere mansioni che rientrano tra i compiti dei dirigenti, come appunto la direzione dell'ufficio loro affidato.

**4. Posizioni Organizzative:** meccanismo diverso da quello precedentemente dichiarato illegittimo dalla sent. 37/2015 Corte costituzionale.

La Corte decide per l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 93 lett. a)b)c) e d) della legge 205 del 2017, relativa alle Posizioni Organizzative, per violazione dell'art. 136 Cost., in relazione al giudicato costituzionale formatosi sulla sent. 37/2015; la Corte, nell'articolata motivazione, distingue nettamente tra tali Posizioni Organizzative e il meccanismo legislativo oggetto della sent. 37/2015, che aveva consentito alle Agenzie fiscali di protrarre nel tempo, in modo indefinito, l'assegnazione di funzioni dirigenziali ai funzionari della terza fascia, senza indire la procedura concorsuale per i posti di dirigente<sup>17</sup>.

Come si è detto, per colmare le carenze di organico dei propri dirigenti, l'Agenzia delle entrate ha, in passato, fatto ampio ricorso ad un istituto previsto dall'art. 24 del proprio regolamento di amministrazione, che disponeva che per "inderogabili esigenze di funzionamento dell'Agenzia" fosse possibile "la copertura provvisoria delle eventuali vacanze verificatesi nelle posizioni dirigenziali, previo interpello e previa specifica valutazione dell'idoneità degli aspiranti, mediante la stipula di contratti individuali di lavoro a termine con propri funzionari, con l'attribuzione dello stesso trattamento economico dei dirigenti, "fino all'attuazione delle procedure di accesso alla dirigenza e comunque, fino ad un termine finale predeterminato". Questo termine è stato di volta in volta prorogato con apposite deliberazioni del Comitato di gestione dell'Agenzia e, "le reiterate delibere di proroga del termine finale, di fatto, hanno consentito di utilizzare un strumento pensato per situazioni peculiari quale metodo ordinario per la copertura di posizioni dirigenziali vacanti" (Corte cost., sent. 37/2015, punto 4.2. in dir.).

Il giudice amministrativo annullò la norma regolamentare per violazione degli artt. 19 e 52 del d.lgs. 165/2001, dato che la continua proroga non permetteva di

<sup>17</sup> TAR Lazio, sezione seconda, 1 agosto 2011, n. 6884.

qualificare come reggenza il meccanismo impiegato<sup>18</sup>, mancando i requisiti della straordinarietà e della temporaneità<sup>19</sup>.

La differenza tra i due meccanismi viene individuata, nella sent. 164 in commento, nella circostanza che le Posizioni Organizzative hanno ad oggetto funzioni di natura non dirigenziali e sono fisiologicamente temporanee: così, le Posizioni Organizzative non mirano a conseguire esiti corrispondenti al meccanismo di cui la sent. 37/2015 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, consistente nell'affidare a termine incerto, perché posposto via via, funzioni dirigenziali. Nulla però assicura che non ci siano proroghe anche in questo caso.

## **5. La riserva parziale di posti di dirigenti agli interni e l'esonero di essi dalle prove preselettive di massima non contrastano col principio del buon andamento.**

La sentenza si occupa anche, seppur in maniera marginale, della fattispecie di accesso alla dirigenza delle Agenzie fiscali, confermando la precedente giurisprudenza sul principio del pubblico concorso.

Si ribadisce, conformemente ai precedenti, che non sono lesivi del principio del buon andamento, non conferendo un vantaggio competitivo ingiustificato, né l'esonero degli interni dalla prova preselettiva né la riserva parziale dei posti agli interni con determinati requisiti (Punto 19 in dir). "Il riconoscimento dell'esperienza all'interno dell'amministrazione che bandisce il concorso" "non collide con il principio del buon andamento"<sup>20</sup>, ma, anzi, è funzionale al buon andamento.

<sup>18</sup> G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, cit., p. 63 ss.

<sup>19</sup> ID., *Il buon andamento dei pubblici uffici*, cit., p. 85 ss. sull'esigenza di dare un riconoscimento all'esperienza pregressa e dell'adozione di forme di immissione nel pubblico impiego diversi dal concorso pubblico.

<sup>20</sup> Sembra, infatti, che non vi sia una radicale differenza ontologica di compiti, dato che ai titolari delle Posizioni Organizzative, secondo il regolamento di amministrazione delle Agenzie, possono essere attribuiti compiti che spettano anche ai dirigenti: a) il potere di adottare provvedimenti con efficacia esterna; b) responsabilità della attività amministrativa della gestione e dei relativi risultati; c) gestione finanziaria tecnica e amministrativa; d) autonomi poteri di organizzazione delle risorse umane strumentali e di controllo; e) poteri di spesa e poteri di acquisizione delle entrate rientranti nella competenza delle articolazioni dei rispettivi uffici (così art. 15 del regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli). Questi nuovi compiti, assunti al momento della attribuzione della Posizione organizzativa, sono poi accompagnati da una retribuzione di posizione, graduata a seconda delle responsabilità attribuite, e da una retribuzione di risultato. Questa responsabilizzazione sulla base di obiettivi specifici non direttamente collegati alla variabile tempo sembra avvicinare la Posizioni Organizzative alla dirigenza nella logica di creare una serie di posti di quadro, come nel privato. La sent. 128/2020 punto 4.1. in dir. indica come tipiche delle Posizioni Organizzative figure che "in posizione di elevata responsabilità svolgono compiti di direzione..." .

Si ammettono, va sottolineato, riserve di posti agli interni per una parte solamente del complessivo ammontare: si deve (punto 20 in dir.) trovare “un ragionevole punto di equilibrio tra il principio del pubblico concorso (sentenza n 159 del 2005) e l’interesse a consolidare pregresse esperienze lavorative presso l’amministrazione”; quest’ultimo interesse “è certamente riconducibile al principio di buon andamento”<sup>21</sup>.

Il limite della riserva di posti di dirigente ai dipendenti interni è legittimo se ricorre la circostanza che essa sia contenuta” entro determinati limiti percentuali” “per non precludere in modo assoluto la possibilità di accesso alla generalità dei cittadini”; il limite del cinquanta per cento, rileva la Corte, è stato ritenuto ragionevole già in precedenza (sent. 234/1994). La sent 164 ricorda che il legislatore ha individuato, in via generale, il punto di equilibrio, tenendo, appunto, conto delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, in una riserva di posti non superiore al 50 per cento: art. 52, comma 1-bis del d.lgs. 165/2001.

D’altra parte, l’esonero degli interni dalle prove preselettive, non dà un ingiustificato vantaggio competitivo agli interni, dato che essi dovranno comunque sostenere il concorso e che l’art. 35 comma 3 lett. a) del d.lgs. 165/2001 dispone che per l’economicità e la celerità dello svolgimento dei concorsi, si può ricorrere, in caso di un “sovraccarico” nel numero di candidati, a “forme di preselezione”. L’economicità e celerità nello svolgimento dei concorsi riguarda anche il vantaggio di alleggerire l’ambito soggettivo delle prove preselettive.

## **6. Sovrapposibilità parziale di compiti tra Posizioni Organizzative e dirigenza e diversità di posizione rispetto all’ indirizzo ed alle relazioni con gli organi politici.**

**6.1.** Il TAR Lazio, nell’adire la Corte costituzionale, muove dalla premessa che le Posizioni Organizzative costituiscano “una vera e propria funzione e/o fascia superiore”, una progressione di carriera verticale, ottenuta senza concorso pubblico, in violazione dei principi che si ritraggono dalla Costituzione.

---

<sup>21</sup> Sufficiente per distinguere le funzioni delle Posizioni Organizzative da quelle dirigenziali appare il criterio discrezionale, pure impiegato dalla Corte, che contrappone le posizioni di Posizione Organizzativa e di dirigente valorizzando per la qualifica dirigenziale le relazioni dirette con dirigenti generali o organi politici nel complesso dell’organizzazione, proprie della sola dirigenza (particolarmente riscontrabile nella esclusiva responsabilità nell’attuazione dei piani, programmi e direttive generali fissate dall’organo politico, per i dirigenti generali, o nell’attuazione di progetti e gestioni assegnati ai dirigenti di seconda fascia dai dirigenti generali) (art. 16 comma 1 lett. b); art. 17 comma 1 lett. b) del dlgs. 165/2001).

La Corte, recisamente, afferma che il presupposto interpretativo non è corretto: si esclude che le Posizioni Organizzative siano attributive di funzioni dirigenziali o consentano l'accesso a nuove aree intermedie.

La sentenza ricorre a due diverse argomentazioni per statuire che è costituzionalmente legittimo l'accesso alle Posizioni Organizzative senza concorso pubblico, con riserva della totalità dei posti ai funzionari interni, che abbiano determinati requisiti.

La prima argomentazione riguarda la considerazione della organizzazione della Agenzia. Si rileva che si è ridisciplinata la organizzazione delle Agenzie, prevedendo un "sistema capillare di strutture", le Posizioni Organizzative, "quali articolazioni interne di uffici di livello dirigenziale".

Le posizioni di vertice di tali strutture trovano la loro collocazione in un contesto di rapporti gerarchici che fanno capo a dirigenti di primo e secondo livello, cui vengono riservate "effettive e sostanziali funzioni dirigenziali" (punto 7 in dir.). La diversità tra Posizioni Organizzative e dirigenza consiste nella circostanza che la "dirigenza è collocata in posizione apicale autonoma e intermedia fra il livello politico e quello burocratico" (punto 12 in dir.).

Questo assetto organizzativo, si rileva, è incompatibile con l'attribuzione di funzioni dirigenziali ai titolari delle Posizioni Organizzative. (punto 8 in dir.): e questa è una posizione condivisibile, perché spetta al legislatore stabilire la distribuzione e la spettanza dei diversi livelli di gestione, a funzionari o a dirigenti.

**6.2.** La seconda argomentazione muove anche dal confronto "oggettivo" fra i singoli compiti dei titolari delle Posizioni Organizzative e quelli dei dirigenti, che renderebbe chiara la loro "non omogeneità". Tale argomentazione sembra sia motivata dalla preoccupazione che si possa obiettare che con le Posizioni Organizzative vengano assegnati senza concorso "brandelli" di funzioni dirigenziali, accompagnati da una retribuzione di posizione e di risultato, così potendosi avanzare sospetti sulla legittimità della mancanza di concorso pubblico alla base dell'accesso alle Posizioni organizzative e all'integrale riserva di posti agli interni.

In realtà, l'argomentazione pare provare troppo: i singoli compiti di dirigenti e di titolari di Posizioni Organizzative sembrano, almeno in parte, sovrapponibili.

Le Posizioni Organizzative attribuiscono, anche, il potere di dirigere uffici, pur se di carattere non dirigenziale, e implicano una grande autonomia organizzativa e il potere di emanare provvedimenti con efficacia esterna: si tratta di attribuzioni che paiono, in astratto, proprie anche dei dirigenti, come si ricava dall'elencazione delle

funzioni dei dirigenti di prima e di seconda fascia negli artt 16 e 17 del dlgs 165/2001<sup>22</sup>.

Questa considerazione ci sembra supportata, anche, da una precisazione della sent. 128/2020, secondo la quale “la posizione organizzativa, creata per sottrazione dalle funzioni dirigenziali, cui si fanno risalire ancor più pregnanti compiti strategici e di coordinamento”, si caratterizza dunque per la temporaneità dell’assegnazione, cui corrisponde una quota accessoria della retribuzione, rilevandosi altresì che “essa può cessare anche prima del tempo indicato”. Il riferimento alla creazione delle Posizioni Organizzative “per sottrazione dalle funzioni dirigenziali” sembra, dunque, deporre a favore della tesi che l’attività delle Posizioni Organizzative e delle posizioni dirigenziali non è in tutto ontologicamente diversa.

La non omogeneità delle singole funzioni dei titolari delle Posizioni Organizzative con quelle dei dirigenti non può essere dedotta, a nostro avviso, da un confronto di questo tipo, dalla pretesa diversità oggettiva delle attività svolte, ma, piuttosto, dalla considerazione della diversa posizione dei titolari delle Posizioni Organizzative rispetto agli organi politici, ed all’indirizzo politico-amministrativo<sup>23</sup>, tenendo presente cioè non le singole attività svolte, che dal punto di vista ontologico possono coincidere, ma la complessiva struttura organizzativa dell’Agenzia, che vede diversi livelli organizzativi, distinti tra Posizioni Organizzative e dirigenza<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> È il legislatore che ha il potere di precisare a quale livello di gestione si ha la titolarità di posti di dirigente: sono dirigenziali le posizioni che il legislatore qualifica tali, indipendentemente dalla individuazione dal punto di vista oggettivo di funzioni ontologicamente diverse, che pare obiettivamente difficile. Si può valorizzare il diverso coinvolgimento nell’attuazione dell’indirizzo da parte dei dirigenti, rispetto ai titolari di PO, ma non sembra opportuno il tentativo di distinguere le singole attività svolte nel contesto dal punto di vista oggettivo: la responsabilità di un ufficio o la potestà di emanare provvedimenti con efficacia esterna non sembrano differenziarsi radicalmente e oggettivamente se assunte da titolare di una Posizione Organizzativa o, invece, da un dirigente.

<sup>23</sup> Paradossalmente ma non troppo, infatti, si discorre sempre più insistentemente di poteri internazionali selvaggi, cfr. L. FERRAJOLI, *I poteri selvaggi*, Laterza, Roma-Bari, 2011. La mancanza di limiti giuridici ai grandi poteri economici della finanza e del capitalismo globale, fa sì che si possa parlare di «poteri illimitati e selvaggi» di coloro che dispongono di questi mezzi economici e finanziari in grado di soffocare i diritti dei comuni cittadini (L. FERRAJOLI e M. BARBERIS, *Dei diritti e delle garanzie, il Mulino, Bologna, 2013*, p. 69). Sull’argomento, anche e per tutti, C. AMIRANTE, *Eguaglianza, discriminazioni, espulsioni. Modo di produzione e analisi politico-istituzionale*, in *Critica del diritto*, 2019, p. 23 ss.

<sup>24</sup> R. FEDERICI, *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici. Affinché i cittadini non vengano alle armi*, Editoriale Scientifica (1 ed. 2009, III ed. 2013). Id., *Rivolte e rivoluzioni. Gli ordinamenti giuridici dello Stato e dell’anti-Stato. Sulla differenza fra strutture e sovrastrutture*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. Se si considera, come noi riteniamo, che “il diritto sia la prosecuzione della politica con i mezzi appropriati”, ne risulta una chiara derivazione dalla tesi di von Clausewitz secondo cui “la guerra è la prosecuzione della politica con altri mezzi”. Questa è la premessa. Poi si possono intravedere altri legami tra il diritto e l’economia, il diritto e la sociologia, il diritto e il linguaggio, il diritto e le religioni. In altre parole, e in breve: tutti sappiamo che per von Clausewitz la guerra è la prosecuzione della politica con altri mezzi; tale

## 7. Osservazioni conclusive.

L'istituto delle Posizioni Organizzative è caratterizzato dalla temporaneità, nel senso che, esaurito l'incarico, il funzionario ritorna alle mansioni proprie della area di appartenenza funzionale e non dirigenziale, che non cambia durante l'incarico.

---

affermazione per il sottoscritto costituisce la premessa per poter sostenere che la guerra è la prosecuzione della politica con mezzi diversi da quelli giuridici. La funzione del diritto, per chi scrive, è quella di prevenire e risolvere i conflitti: evitare cioè che si ricorra alla guerra o alla vendetta. *Ne cives ad arma veniant* (affinché i cittadini non vengano alle armi), è questa la funzione primaria del diritto oggettivo. Guerra e diritto, ad avviso dello scrivente, sono i due strumenti alternativi e contrastanti al servizio della scelte economiche, sociali e politiche delle classi dominanti. Il primo (la guerra) è espressione di oppressione e violenza: pretende di affermare la volontà propria contro la volontà altrui (interna o esterna al proprio Stato); il diritto invece è uno strumento della politica e dell'economia delle classi dominanti in cui la forza ha un ruolo secondario: lo strumento giuridico cerca l'accordo o l'accettazione da parte dei destinatari (interni o esterni allo Stato) della scelta politica e/o economico-sociale. L'unico ostacolo da superare per l'affermazione della nostra tesi è costituito dalla rilevanza del cosiddetto "Diritto bellico". Se il Diritto bellico fosse un vero e proprio diritto e non già una vera e propria contraddizione in termini, la nostra tesi sarebbe errata. Se invece la critica e la confutazione del cosiddetto Diritto bellico coglie nel vero; e se i tre pilastri su cui si fonderebbe il Diritto bellico possono essere demoliti, la nostra opinione rivoluzionaria verrebbe pienamente confermata. I tre pilastri del Diritto bellico sarebbero: lo *ius ad bellum*; lo *ius in bello*; e lo *ius post bellum*. Ragionamento diverso concerne il "Diritto umanitario in tempo di guerra". E anche la sua origine è diversa: si inizia a discorrere di Diritto umanitario e di interventi umanitari in favore dei feriti e dei prigionieri di guerra dopo lo scritto di Henry Dunant (*Souvenir de Solferino*) pubblicato a Ginevra nel 1862 e la creazione della Croce Rossa Internazionale. Il "Diritto umanitario in tempo di guerra" è tutto ciò che può sopravvivere di giuridico nella contrapposizione fra le due parti in guerra; da noi viene paragonato ad una fiaccola tremolante nel buio pesto della notte. In parole semplici: diritto e guerra si alternano come la notte e il giorno. Quando risplende la luce del diritto, la guerra non si fa vedere (non esiste); viceversa, dopo il tramonto e nella pienezza della notte, è la guerra degli uni contro gli altri che applica regole tutt'altro che giuridiche. *Ius ad bellum*. Da quando le Nazioni Unite hanno messo al bando l'*Ultimatum* e la Dichiarazione di guerra (1945) non è che non ci siano state più guerre. Non è che lo strumento bellico, come per miracolo, non sia stato più utilizzato. Si è verificato semplicemente che le guerre sarebbero iniziate ugualmente senza che nessuno si sia preoccupato di mettere in guardia l'avversario. Oggi avvertire il nemico con un *ultimatum* o dichiarare una guerra è come darsi la zappa sui piedi. Le Nazioni Unite considerano come aggressore e responsabile della guerra chi emette questi due atti. Motivo per cui questo metodo formale di iniziare la guerra (ovviamente secondo gli schemi del Diritto bellico) è crollato su se stesso. Se mai le Nazioni Unite avessero demolito qualcosa, per quanto detto sopra, avrebbero seppellito definitivamente il c.d. il Diritto bellico. *Ius in bello* e *ius post bellum*. Gli altri due pilastri su cui si sarebbe retto il c. d. Diritto bellico riguardano i modi in cui una guerra va condotta e la fase successiva alla fine della guerra. Ebbene, perché si possa parlare di Diritto bellico occorrerebbe che in guerra (durante le battaglie e gli attacchi e le difese) ci fosse qualcuno come i padrini nei duelli o come gli arbitri e i segnalinee nelle partite di calcio; ci vorrebbero personaggi imparziali incaricati di fermare la contesa, per segnalare e punire i responsabili dei falli e delle altre violazioni delle regole. Se non c'è un giudice in campo, se non c'è un arbitro, se non c'è padrino, non c'è neanche diritto. Esiste solo un'illusione! Nei tornei araldici vigevano e venivano fatte applicare le regole del gioco; e nel corso degli eventi, c'era chi le faceva rispettare. Ma la guerra non è un torneo, non è una sfida regolata. *Ius post bellum*. Il terzo pilastro (quello del fine guerra) è sempre stato il più debole in assoluto: quando la guerra finisce risorge il sole del diritto (e il diritto è quello imposto dal vincitore); così come, all'opposto, quando inizia la guerra, fra i belligeranti scende la notte del diritto; e a parlare sono soltanto le armi, le strategie belliche con il loro trasformare da disvalore in valore lo spionaggio e l'inganno dell'avversario. La buona fede si vede umiliata. Quando invece, la buona fede, lo sappiamo bene tutti, regge ogni impianto giuridico degno di questo nome. Inoltre, in "*Guerra o diritto?*", si affronta anche il collegamento e la distinzione fra l'origine del diritto, delle lingue, della morale e delle religioni.

L'art. 97 comma 3 Cost., che prevede il concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego, non si applica alle Posizioni Organizzative, dato il carattere della temporaneità che le caratterizza. Ma nulla impedisce la proroga anche delle Posizioni Organizzative.

Le Posizioni Organizzative sono un meccanismo organizzativo rispondente al principio del buon andamento e che valorizza l'autonomia delle Agenzie fiscali, in materia finanziaria, organizzativa e di gestione del personale. Come si dice nell'esposizione dei precedenti anche fattuali dalla decisione, si svincolano in parte le Agenzie fiscali dall'applicazione del d.lgs. 165/2001 (punto 2.3. in fatto), attribuendo alla dirigenza la possibilità di un maggior controllo delle cosiddette leve gestionali del personale, potendo premiare i funzionari meritevoli, fornendo ad essi prospettive di carriera svincolate dal passaggio alla dirigenza, contrassegnate dalla temporaneità.

Le norme che prevedono incarichi particolari sono viceversa, costituzionalmente illegittime, se contribuiscono "all'infinito protrarsi nel tempo di un'assegnazione asseritamente temporanea di mansioni superiori, senza provvedere alla copertura dei posti dirigenziali vacanti da parte dei vincitori di una procedura concorsuale aperta e pubblica" (C.cost. 37/2015).

Il perimetro della doverosa applicazione del pubblico concorso non ricomprende le Posizioni Organizzative, incarichi essenzialmente temporanei e distinti dal punto di vista organizzativo dalle posizioni dirigenziali, alle quali si accompagnano e che non sostituiscono. Il tentativo della Corte di differenziare totalmente da un punto di vista ontologico i compiti di dirigenti e di titolari di Posizioni Organizzative sembra essere motivato dal timore di contestazioni nel senso di distribuire senza concorso "brandelli" di funzioni dirigenziali: ma spetta al legislatore decidere sino a che livello la funzione di gestione attribuita alla burocrazia debba essere affidata a dirigenti o a funzionari.

In sintesi, la decisione in commento definisce la questione della inapplicabilità della dottrina giurisprudenziale sul concorso pubblico alla copertura di Posizioni Organizzative in un modo che ci sembra equilibrato e – pur con la puntualizzazione qui suggerita – complessivamente condivisibile.

# CHE COS'È IL "DIRITTO ILLEGITTIMO"?

## CHE COS'È QUESTO MOSTRO?

(note sul pensiero di Luigi Ferrajoli)

### IL DISASTRO AMBIENTALE

**Renato Federici**

**ABSTRACT** [ITA]: Che cos'è il "diritto illegittimo"? Che cos'è questo mostro? Non è il Leviatano, non è il mostro di Hobbes. Non è lo Stato? E allora che cos'è? È un mostro! Senza starci a pensare troppo, a nostro avviso, ha tutta l'apparenza dello Stato nemico del popolo, del nemico di classe o dello "Stato estero che ci vuole invadere" o che, a nostra insaputa, ci ha già occupato e trasformato in colonia dei poteri finanziari globali. Ma potrebbero essere illegittimi tutti gli ordinamenti giuridici che non sono riusciti a combattere efficacemente i disastri ambientali.

**ABSTRACT** [ENG]: *What are illegitimate legal systems? What is this monster? It's not the Leviathan, it's not Hobbes's monster. Isn't it the state? So what is it? He is a monster! Without thinking too much about it, in our opinion, it has all the appearance of the enemy state of the people, the class enemy or the "foreign state that wants to invade us" or that, without our knowledge, has already occupied us and transformed us into a colony of global financial powers. But it could be all the legal systems that have failed to effectively combat environmental disasters.*

**SOMMARIO:** **1.** Premesse sul concetto di "diritto illegittimo". – **1.1.** Il diritto dopo Auschwitz e Norimberga. – **2.** Origine del partito comunista come ordinamento giuridico. – **3.** Il pensiero di Luigi Ferrajoli: il Garantismo. – **3.1.** Senza diritto non c'è giustizia. La giustizia ha bisogno del diritto. – **3.2.** Tra Giuspositivismo e Giusnaturalismo. – **3.3.** I delitti dei poveri (accenno). – **3.4.** Negato che il diritto sia lo strumento della classe dominante (di ogni epoca e luogo), non è poi assurdo pensare che esso possa essere lo strumento di una precedente classe dominante? – **3.5.** La rivoluzione nel pensiero di Hannah Arendt. – **4.** Formazione e sviluppo del pensiero di Luigi Ferrajoli. – **5.** Il "diritto illegittimo". – **5.1.** Le lacune e le antinomie. – **5.2.** Contro gli abusi dei giudici. – **6.** Sulla distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale. Garanzie primarie e garanzie secondarie. – **7.** Sulla fondazione e sull'importanza assunta da "Magistratura Democratica. – **8.** Rifondazione della legalità. La metaregola. La soggezione del giudice alla legge costituzionalmente valida. – **9.** Diritti di libertà e Diritti sociali. Stato liberale minimo e Stato sociale massimo. Le vere misure per prevenire la criminalità (grande e piccola). – **10.** Sulla distinzione tra diritti patrimoniali e diritti fondamentali. – **10.1.** Le lacune strutturali. Le antinomie. – **10.2.** Sulla distinzione tra norme costituzionali e direttive costituzionali. – **11.** Sull'origine dei diritti sociali. In particolare, il diritto alla salute. – **12.** Sul possibile contrasto fra diritti di libertà e diritti sociali. Il caso Ilva di Taranto. – **13.** Sul legame tra politica e diritto. La democrazia. La stipulazione dei diritti fondamentali. Le leggi del più debole (critica). – **13.1.** La parte debole nel processo. – **13.2.** Sull'antipolitica e il discredito dei partiti politici. – **14.** Sulle differenze tra il giuspositivismo di Kelsen e quello di Ferrajoli. – **15.** Sul rapporto fra democrazia, diritto e giustizia. – **16.** Sulla democrazia sostanziale. Cenni sulle false democrazie. – **17.** Il Costituzionalismo inglese. – **18.** L'importanza della motivazione nelle sentenze. Come ridurre l'arbitrio giudiziario? E aspirare alla certezza del diritto? Il giudice come "bocca della legge". Sul confronto tra il giuspositivismo e il realismo giuridico. – **18.1.** La teoria dell'interpretazione come disciplina autonoma dalla teoria del diritto. Sulla distinzione tra "diritto vigente" e "diritto vivente". – **19.** Il progetto del diritto penale minimo. – **20.** La consegna del mercato della droga al monopolio criminale. Effetti devastanti. – **21.** A proposito delle pene detentive e del carcere. – **22.** Sul passaggio dei magistrati inquirenti all'agone politico. Il potere giudiziario come potere terribile e odioso. – **23.** Sull'impotenza della politica nei confronti dell'economia. Sulla crisi della dimensione garantista. Sulle garanzie dei diritti contro i poteri forti di alcuni privati (banche, assicurazioni, capitale finanziario internazionale, ecc.). I poteri selvaggi. – **24.** Conclusioni.

## 1. Premesse sul concetto di "diritto illegittimo".

Che cos'è il "diritto illegittimo"? Che cos'è questo mostro? Non è il Leviatano, non è il mostro di Hobbes. Non è lo Stato? E allora che cos'è? È un mostro!

Senza starci a pensare troppo, a nostro avviso, ha tutta l'apparenza dello Stato nemico del popolo, del nemico di classe o dello "Stato estero che ci vuole invadere" o che, a nostra insaputa, ci ha già occupato e trasformato in colonia dei poteri finanziari globali<sup>1</sup>. Ma potrebbe essere anche il pessimo funzionamento di uno o più ordinamenti giuridici, come quelli che non sono riusciti a combattere efficacemente i reati ambientali. E allora la condanna non può che essere generalizzata. Pochi Stati si salverebbero. Degli Stati moderni non si salverebbe nessuno. Gli ordinamenti giuridici statuali hanno tollerato o prodotto moltissimi danni ambientali. Tutti o quasi tutti gli ordinamenti giuridici vigenti, prima di pentirsi amaramente e di provare a recuperare il tempo perduto, dovrebbero essere ritenuti illegittimi di fronte alla Storia, di fronte al tribunale della Storia.

Il rapporto fra il diritto e l'ambiente è lo stesso rapporto che si stabilisce tra il soggetto e il bene, fra i soggetti e i beni. In questo caso il soggetto è rappresentato dalle classi dominanti, delle quali gli ordinamenti giuridici non sono altro che gli strumenti (per ulteriori chiarimenti vedi oltre). Se i beni vengono ben tutelati, il soggetto è savio; se, invece, i beni sono mal gestiti e distrutti, il soggetto responsabile è uno sciocco o un criminale. Ecco gli ordinamenti criminali hanno permesso le devastazioni ambientali. Essi sono stati o non sono stati anche ordinamenti illegittimi?

I disastri ambientali prodotti dagli esseri umani potrebbero essere gli effetti degli ordinamenti illegittimi (degli ordinamenti contro-natura), e cioè di questi novelli mostri? Nel secondo dopoguerra mondiale, il danneggiamento ambientale ha assunto forme inimmaginabili prima di allora. Sembra quasi che l'essere umano abbia combattuto e vinto una guerra contro l'ecosistema naturale.

La nozione di "diritto illegittimo" può essere applicata a tutte le atrocità e efferatezze umane contro l'ambiente, non prevenute, non evitate e non sanzionate?

La nozione di "diritto illegittimo" può essere applicata alla condanna (postuma) dei responsabili delle devastazioni ambientali? Oppure il saccheggio ambientale non

---

<sup>1</sup> R. GUASTINI, *Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza*, in *Ragion pratica*, 1994, p. 255.

ha un responsabile? Certamente il sistema dell'usa e getta (di deprecata memoria) era figlio di questa follia, indubbiamente il criterio della rapina metodica ai danni dell'ambiente era il frutto (marcio) di questa deviazione mentale. Tali metodi hanno avuto un risultato decisamente dannoso e distruttivo, un prodotto mortale. Tuttavia, all'epoca, era stata una depredazione tollerata dagli ordinamenti giuridici. Gli Stati e la comunità internazionale, dunque, sono stati rei (consapevoli e/o inconsapevoli) di non aver saputo prevenire e evitare questi enormi disastri ambientali. Tutti erano attratti dal facile profitto: in particolare, tutti coloro che traevano i maggiori guadagni e avevano a disposizione i maggiori mezzi economici e tecnologici. Tutti o quasi tutti erano caduti in una sorta di gara fra chi più e meglio approfittava delle risorse naturali, le quali ovviamente di fronte ad una aggressione massiccia erano incapaci di difendersi da sole. L'ambiente, non essendo un soggetto, ma un oggetto, è stato incapace di difendersi, ma soltanto di vendicarsi come solo la natura sa fare.

La categoria del "diritto illegittimo" può essere utilizzata come deterrente per la tutela ambientale? Intanto, cerchiamo di capire che cos'è il "diritto illegittimo" con l'aiuto di un filosofo del diritto e penalista di nome Luigi Ferrajoli.

In altri scritti, abbiamo cercato di spiegare che *gli ordinamenti giuridici sono strumenti al servizio delle classi dominanti*; e che, proprio per questa specifica ragione, sono molto diversi e alternativi agli altri strumenti delle classi dominanti, e cioè, ai mezzi bellici (come violenza pura, guerra, rivoluzione, e così via)<sup>2</sup>. Ricordiamo, a tal proposito, uno scritto puntuto di Riccardo Guastini nel corso del quale si fa cenno alla alternativa fra diritto e guerra con queste parole: «*Se – faccio per dire – una legge di revisione costituzionale pretendesse di abrogare la libertà di stampa, dovremmo fare appello alla Corte costituzionale, o dovremmo piuttosto prendere le armi?*»<sup>3</sup>.

Nello scontro fra classi sociali, le altre classi possono essere state ridotte al silenzio (e questo non è un metodo giuridico!) oppure implicitamente o esplicitamente si è concluso un patto (o una sorta di tregua) fra di esse (come quelli tra Patrizi e Plebei: peraltro più volte ridiscussi, e nuovamente stipulati ai tempi della Roma repubblicana). Molto più spesso, le regole giuridiche sono state tratte direttamente

---

<sup>2</sup>R. FEDERICI, *Collegamenti ed intrecci fra origine delle lingue, delle religioni e dei sistemi giuridici*, pubblicato la prima volta sulle *Rivista di Studi Internazionali e Politici*, 2015, p.120 ss.; e poi inserito come seconda appendice nel mio volume dal titolo *Rivolte e rivoluzioni*, cit.

<sup>3</sup>A. MANZONI, *Adelchi* (1843), atto V, sc. 8, vv. 354-359: o, precisamente, ... *feroce forza che il mondo possiede e fa nomarsi dritto: la man degli avi insanguinata seminò l'ingiustizia; i padri l'hanno coltivata col sangue; e ormai la terra altra messe non dà.*

dai testi religiosi come la Bibbia o il Corano. Sui collegamenti e gli intrecci fra religioni e sistemi giuridici, in questa sede non possiamo dilungarci, e quindi siamo costretti a rinviare ad altro nostro scritto<sup>4</sup>.

a) Manzoni avrebbe potuto far dire a don Abbondio: cos'è mai il "diritto illegittimo"? Invece gli fa domandare: chi era Carneade? Il parroco di campagna non si ricordava di un filosofo minore: "chi era Carneade?" (peccato men che veniale); mentre (peccato ben più grave per un sacerdote cristiano) il parroco di campagna non vedeva o faceva finta di non vedere l'ingiustizia enorme della società dei suoi tempi. Si sa, per il Manzoni il diritto era quella "feroce forza che il mondo possiede e fa nomarsi Diritto". Idea tanto forte e radicata che accennava anche ad una motivazione. Così faceva proseguire il lamento di Adelchi: *la man degli avi insanguinata seminò l'ingiustizia; i padri l'hanno coltivata col sangue; e ormai la terra altra messe non dà*<sup>5</sup>. Fra diritto e guerra, dunque, non ci sarebbe stata gran differenza. Entrambi si fondavano sull'ingiustizia e sulla violenza.

Il Manzoni mette il dito sulla piaga più volte: come quando racconta la *Storia della colonna infame*: la vicenda del processo intentato a Milano nel 1630 contro i presunti untori, e conclusosi con la condanna a morte di due innocenti<sup>6</sup>. Quello che veniva applicato allora, che cos'era? L'utilizzo della tortura per far confessare anche delitti non commessi, che cos'era? Se non era un diritto illegittimo, che cos'era? O peggio ancora, se non era un diritto illecito, che cos'era? Voltaire, Pietro Verri, Cesare Beccaria<sup>7</sup> e tutti gli altri illuministi avrebbero condannato l'*estrema ingiustizia* di quel sistema processuale penale (messo più volte in ridicolo da Voltaire), ma che allora (nell'Antico regime) si faceva chiamare "giustizia".

---

<sup>4</sup> A. MANZONI, *Storia della colonna infame* (1842). La storia era stata raccontata già da Pietro VERRI, come ricorda lo stesso Manzoni nell'introduzione, con lo scopo di esprimere orrore e condanna per la pratica della tortura per far confessare gli indiziati.

<sup>5</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764).

<sup>6</sup> L. FERRAJOLI, *Teoria assiomatica del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari (prima ed. 1989), quella citata è la VIII ed., 2004; Id., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999; Id. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (vol. I di pagine 1021; vol. II di pagine 713; più un c.d. - vol. III - di pagine 990), Laterza, Roma Bari, 2007. E tanti altri ancora, tra cui: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2008; *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, p. 2011; *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013; *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018/9. In collaborazione con altri autori ha pubblicato: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. VITALE), Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 371; L. FERRAJOLI, M. BARBERIS, *Dei diritti e delle garanzie*, cit.; *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale* (a cura di D. IPPOLITO E. SPINA), Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

<sup>7</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 46.

**b)** Il cosiddetto “*diritto illegittimo*” potrebbe essere il diritto del nemico: sia esso l’ordinamento giuridico di uno Stato antagonista; sia esso il sistema giuridico interno della classe al potere o della classe sociale che aspira concretamente al potere. Può essere e spesso è il sistema giuridico del nemico di classe. Lo si può combattere con metodi giuridici o con altri mezzi (ossia, con metodi bellici). Il diritto creato dall’usurpatore è il tipico esempio di “*diritto illegittimo*”: viene continuamente raccontato in tutte le leggende di avventura (da Robin Hood a Guglielmo Tell). Affiora in tutti i film d’azione! L’usurpatore è il cattivo e va cacciato, sia con le buone e sia anche con le cattive. Se ne parla continuamente in letteratura (si pensi all’*Amleto* di Shakespeare). Le buone maniere per combattere sono le forme giuridiche, le cattive sono quelle belliche. C’è sempre stato un nemico: il nemico di classe, il nemico dell’ambiente, il nemico del progresso, il nemico delle donne, il nemico di chi non la pensa come noi e così via. Molte ideologie sono state elaborate proprio per foggare il concetto di nemico. Il nemico è il male; e contro di esso ci dobbiamo scagliare con tutte le nostre forze!

**c)** In parole povere, e a mo’ di premessa, si può dire che per il Ferrajoli “il diritto illegittimo” è il diritto incostituzionale. Ma questo lo dicono tutti. Allora qual è la particolarità della teoria di Ferrajoli? Cerchiamo di spiegarci: la Costituzione italiana (entrata in vigore nel 1948) è una costituzione rigida; per ciò le norme ivi sancite si trovano al di sopra di tutte le altre norme stabilite dalle altre leggi. Dopo la sua entrata in vigore, molte norme del regime precedente sono state sottoposte al giudizio di costituzionalità. Quelle che furono ritenute illegittime, perché contrarie alla nuova Costituzione, furono dichiarate incostituzionali. Al giudizio di costituzionalità possono essere sottoposte anche le leggi e le norme emanate in tempi successivi.

Ciò premesso, il Ferrajoli si pose tra coloro che chiedevano un giudizio più severo sulla costituzionalità delle norme che potevano essere lesive dei diritti fondamentali.

Per la garanzia e la tutela dei diritti fondamentali, egli avanzò l’idea di assegnare un maggior rispetto alle norme che sanciscono i diritti fondamentali. In altre parole, per risolvere una possibile antinomia bisognava creare una gerarchia: far sì che una norma valga di più e una di meno, al fine di dirimere il contrasto a favore della

norma di maggior valenza. E quindi, Ferrajoli ha elaborato una teoria per assegnare una superiore qualificazione e garanzia ai diritti fondamentali<sup>8</sup>.

In sintesi, il problema delle antinomie è il seguente: può accadere che due norme di pari livello costituzionale tutelino due interessi tra loro diversi: ad esempio, proprietà privata e salute; iniziativa privata e istruzione (è questo il c. d. paradosso delle antinomie, osservato per primo da Kant). Ad esempio, una norma legislativa ordinaria potrebbe essere protetta da un articolo della Costituzione sulla libertà d'impresa o sulla garanzia della proprietà privata, mentre un interesse contrastante potrebbe essere tutelato dalle norme sulla garanzia dei diritti fondamentali (sulla uguaglianza sostanziale: sulla soppressione delle disparità e/o sulla pari dignità ... ai sensi dell'art. 3, secondo comma, della Costituzione).

Con il criterio di escludere le norme costituzionali a tutela dei diritti patrimoniali dalla classe di norme di garanzia dei diritti fondamentali, si produce l'effetto di una maggiore garanzia dei diritti sociali e di libertà. In uno scontro tra le due classi, le norme a garanzia dei diritti patrimoniali devono soccombere. Devono vincere quelle a tutela dei diritti fondamentali.

### **1.1. Il diritto dopo Auschwitz e Norimberga.**

Nello Stato ottocentesco e della prima metà del Novecento (chiamato da Barberis: Stato legislativo) «il diritto si ridusse al diritto positivo, fatto da uomini: la legislazione generale, cioè i codici, la legislazione speciale, cioè tutte le leggi, più le consuetudini, residuo del diritto antico»<sup>9</sup>. Dopo Auschwitz tutto è cambiato. Si pensi allo Statuto delle Nazioni Unite (1945); alla Costituzione italiana, entrata in vigore il primo giorno del 1948; alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948); alla Costituzione della Germania occidentale (1949) [estesa poi alla Germania unificata (1989)]; alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), e così via. Dopo Auschwitz, ossia dopo la scoperta dei campi di sterminio nazisti, in qualche misura è rinato il giurisdizionalismo: «filosofia che era stata data per morta»<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 46.

<sup>9</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 46 s.

<sup>10</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 46 s.

«Il neogiusnaturalismo post-bellico attribuì la responsabilità dello sterminio degli ebrei, e delle altre minoranze perseguitate, alla deferenza verso il diritto positivo tipica dei giuristi tedeschi ben prima di Hitler»<sup>11</sup>. Ecco allora spuntare la *formula di Radbruch* (che deve il suo nome al giurista tedesco, che l'avanzò nell'immediato dopo guerra, nel 1946), secondo la quale: il diritto anche se ingiusto va obbedito e applicato, a meno che non diventi intollerabilmente ingiusto. Così da poter concludere con la condanna del diritto nazista come intollerabilmente ingiusto<sup>12</sup>. Non avrebbero parlato più di diritto *naturale*, né Radbruch, né i neo-giusnaturalisti successivi, avrebbero parlato più di *diritto naturale* ma sempre e solo di giustizia o di morale<sup>13</sup>.

Altri discorrono di un prima e un dopo Herbert Hart (1907- 1992)<sup>14</sup>. Anche in questo caso si ricorda che alla fine della seconda guerra mondiale «si dovettero giudicare terribili crimini, procedimenti noti a volte come Processi di Norimberga», quando, cioè, «gli imputati si difesero con un argomento formalmente ineccepibile: avevano obbedito a una legge valida, vincolante, ancorché formalmente ingiusta»<sup>15</sup>.

Quindi, «dopo Hart le cose non sono più state eguali, e il suo pensiero è stato un punto di riferimento per gli studiosi»<sup>16</sup>. In particolare dopo la pubblicazione, nel 1961, del saggio, *Il concetto di diritto*. Perché? Enon certo per aver separato diritto e morale, distinzione chiarita da Kelsen<sup>17</sup>. E allora perché? Ecco il ragionamento chiave: per Hart il diritto non è solo coercizione e forza, ma anche garanzia dei diritti e dei doveri (*rule of recognition*). Questa espressione inglese *rule of recognition* non può essere tradotta letteralmente con le parole: *norme di riconoscimento*. Le “norme di riconoscimento” ad un giurista italiano non dicono nulla. Ma, come avrebbe posto in luce Luigi Ferrajoli, tutto diventa chiaro se si traduce la formula con una idonea terminologia giuridica italiana, ossia, in *norme di garanzia dei diritti e dei doveri*. E allora il concetto diventa chiaro. Inoltre un altro debito di Ferrajoli verso Hart concerne il concetto di “*contenuto minimo di diritto*”<sup>18</sup>. Concetto, anch'esso, ripreso da

<sup>11</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 46 s.

<sup>12</sup> T. CASADEI – G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Giappichelli, Toriano, 2019, p. 369.

<sup>13</sup> T. CASADEI – G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie*, p. 370.

<sup>14</sup> T. CASADEI – G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 369.

<sup>15</sup> Cfr, per esempio, R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit., p. 83 ss.

<sup>16</sup> Cfr., T. CASADEI – G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 371.

<sup>17</sup> N. BOBBIO, *Prefazione a Diritto e ragione*, p. VII.

<sup>18</sup> Infatti, sempre secondo Bobbio, «Ferrajoli è un giuspositivista particolarmente attento a distinguere la validità formale, o vigore, delle norme dalla loro validità sostanziale e a sottolineare che in un ordinamento che abbia

Hart e sviluppato in Italia dal Ferrajoli. Tanto è vero che, rispetto al commento di Bobbio secondo cui «come teorico generale del diritto, Ferrajoli appartiene alla famiglia dei giuspositivisti nella tradizione di Kelsen e di Hart e del giuspositivismo italiano»<sup>19</sup>, ci sembra che il suo pensiero si accosti molto di più a quello di Hart che al Kelsen<sup>20</sup>.

La «teoria giusrealista, invece, emerge in sistemi giuridici come quelli vigenti negli Stati Uniti e nei paesi scandinavi, che mescolano diritto giudiziale e legislazione»<sup>21</sup>.

Per il danese Alf Ross (1899-1979), considerato il maggiore esponente del giusrealismo<sup>22</sup>, «ne consegue che i fenomeni giuridici ... corrispondenti alle norme sono le decisioni dei tribunali»<sup>23</sup>.

Tanto Kelsen quanto Ross pensavano che «il diritto potesse essere studiato avalutativamente»<sup>24</sup>. Con la differenza che Ross concepiva come un fatto «l'insieme delle decisioni dei giudici», mentre Kelsen «come un sistema di norme»<sup>25</sup>. Ma queste due posizioni divenivano sempre più criticate, perché «le dichiarazioni del nuovo costituzionalismo post-bellico» erano intrise di valori come: uguaglianza, libertà, solidarietà «eretti a parametri di validità dello stesso diritto positivo»<sup>26</sup>. In ogni caso, a nostro avviso, e ci dispiace dirlo, tutte queste posizioni dottrinali non colgono il punto essenziale; e che cioè, nella Storia il diritto è (essenzialmente) uno strumento della classe politica (sociale e economica) dominante, alternativo alla guerra; nel senso che le altre classi, in qualche misura, si sono sottomesse ovvero si sono

recepito i diritti fondamentali di libertà la validità non può essere soltanto formale, e pertanto esiste in esso un problema di giustizia interno delle leggi, e non soltanto esterna». Insomma: un giuspositivista ben consapevole che, dopo la «costituzionalizzazione dei diritti naturali, il tradizionale conflitto fra diritto positivo e diritto naturale, e tra giuositivismo e giusnaturalismo, ha perduto gran parte del suo significato» (*Prefazione a Diritto e ragione*, p. VII).

<sup>19</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 50 s.

<sup>20</sup> Cfr. M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 49; T. CASADEI – G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 373.

<sup>21</sup> Cfr., G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto*, vol.III (aggiornato da C. FARALLI), Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 295.

<sup>22</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 49.

<sup>23</sup> Cfr. M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 50.

<sup>24</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. 50.

<sup>25</sup> R. FEDERICI, *Guerra o diritto?* (I ed. 2009; III ed. 2013), cit.; R. FEDERICI, *Rivolte e rivoluzioni*, cit.

<sup>26</sup> Non possiamo intrattenerci sulla discussione (talvolta gustose) dei sostenitori del positivismo giuridico con i loro detrattori. Disputa iniziata da A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico* (in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005, vol. I, p. 205 ss.; e alla quale replicava R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 1373 ss.; e controreplicava A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p.3251, ss.

accordate con la classe dominante, anche nella forma della acquiescenza o del silenzio assenso<sup>27</sup>.

In sintesi, queste tesi sono state ricordate per preparare il discorso sull'esame della teoria di Luigi Ferrajoli, che aderisce espressamente ad una delle correnti del positivismo giuridico<sup>28</sup>. In ogni modo qualcosa di questo discorso verrà ripreso nel prossimo paragrafo 3.2. intitolato: *Tra Giuspositivismo e Giusnaturalismo*.

## **2. Origine del partito comunista come ordinamento giuridico rivoluzionario.**

a) Probabilmente, a livello teorico, tutto era cambiato almeno un secolo prima. Il *Manifesto del partito comunista* stilato da Marx e Engels nel 1848 si scagliò non solo contro i borghesi e la borghesia, ma, a molti, è sembrato anche che si lanciasse contro il diritto in sé. E cioè contro questo strumento che noi riteniamo indispensabile per ogni società umana. «Forse, Marx ed Engels pensavano e sognavano che il governo dei proletari comunisti avrebbe potuto fare a meno di questo meccanismo, ritenuto odioso. Ma ciò si è rivelato impossibile anche nei regimi comunisti»<sup>29</sup>. Invero l'opposizione sistematica e scientifica è stata organizzata dai comunisti sempre in forma di movimento o partito politico (tale e quale a un nuovo ordinamento giuridico che si opponeva a quello in vigore). Movimento o partito che spesso è stato capace di abbattere la precedente classe dominante e il suo diritto. Ciò è dimostrato in tutti i paesi in cui il partito comunista avrebbe assunto il potere (Urss, paesi del blocco sovietico, Corea del Nord, Cina, Cuba, ecc.). Dunque, lo Stato comunista non è

<sup>27</sup> R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 44.

<sup>28</sup> In *Rivolte e rivoluzioni*, avevamo affrontato questo tema, ora vi torniamo sopra brevemente per integrare la bibliografia sul tema: H. KELSEN, *La teoria marxista del diritto*, Edizioni di Comunità, 1956 e 1980; R. GUASTINI, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano (1842-1851)*, il Mulino, Bologna, 1974; R. GUASTINI (a cura di), *Marxismo e teorie del diritto: antologia di scritti giuridici*, il Mulino, Bologna, 1980; E. RIPEPE, *Alla ricerca della concezione marxista del diritto: con una appendice in tema di crisi del marxismo*, Giappichelli, Torino, 1987; T. CASADEI – G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto*, cit., p. 236 ss.

<sup>29</sup> K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (finito di scrivere e pubblicato una prima volta nel 1852; ma si sarebbe dovuto attendere il 1869 per l'edizione definitiva). La traduzione in lingua italiana si deve a P. TOGLIATTI, Editori Riuniti, Roma (l'edizione consultata e citata è quella del 2006), cap. III, p. 54 s.). Nel 2015 è uscita un'altra edizione con introduzione a cura di M. PROSPERO; il brano citato nella nuova edizione si trova, ovviamente, sempre nel cap. III, ma a p. 167 s.

altro che la metamorfosi del partito comunista in Stato comunista (o sovietico, nella realtà Russa) <sup>30</sup>.

In questa sede l'argomento può essere solo accennato, ma ci meraviglia sempre più il fatto che sia sfuggito un po' a tutti che Marx non aveva condannato il diritto in sé e per sé, ma unicamente il diritto della borghesia e delle classi dominanti che l'avevano preceduta perché tutte avevano oppresso la classe operaia: avevano umiliato e sfruttato il proletariato e ridotto il prodotto del loro sudore in merce vile. Un gran bel passo, un brano assai esplicito, ci sembra, sia sfuggito un po' a tutti, quello contenuto nel *18 brumaio di Luigi Bonaparte*, dove invece risulta chiaro che le sovrastrutture non concernono il diritto, ma le coreografie, gli idoli, le bandiere, gli stemmi<sup>31</sup>. Monarchici (legittimisti e orleanisti) facevano un blocco unico contro le altre classi; ma al loro interno erano profondamente divisi. A dividerli, infatti, non erano tanto le coreografie (le sovrastrutture), ma le separava una più profonda differenza: una diversa visione economica e giuridica (la monarchia legittimista era favorevole alla proprietà terriera, mentre quella orleanista era sostenuta dal nascente capitalismo bancario e industriale). E Marx aveva consigliato ai montagnardi di allearsi con il capitalismo industriale per abbattere entrambi in due tempi (l'uno dopo l'altro) ma di non di andare subito allo scontro frontale contro i monarchici uniti. Per capire, leggere o rileggere (il "trascurato" o non compreso) *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*. Tanta fatica avrebbe risparmiato anche ai giuristi sovietici (e nostrani), che non riuscivano a risolvere il dilemma di come nell'età post leninista, staliniana e post staliniana si parlasse ancora di transizione verso il comunismo. «Gli anni ormai passavano, la rivoluzione era ormai lontana, il periodo di transizione dal socialismo al comunismo avrebbe dovuto essersi esaurito; e nei territori dell'Unione Sovietica avrebbe dovuto» trovare «realizzazione la società senza Stato e senza diritto» <sup>32</sup>.

**b)** Molto diversa l'esperienza anarchica, che tutto vorrebbe sopprimere, al fine di liberare tutti. I movimenti anarchici possono essere capaci di creare le condizioni per l'abbattimento del vecchio ordinamento; ma non vorrebbero crearne uno di veramente nuovo perché sarebbe contro i loro principi. E qui scatta la contraddizione insuperabile: essi, a parole, non vorrebbero creare un nuovo ordinamento giuridico.

<sup>30</sup> G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, cit., p. 306.

<sup>31</sup> L.M. BASSANI, *Albert JayNock e i libertari americani: i "fedeli attardati della grande tradizione"*, prefazione alla edizione italiana del libro di Nock, *Il nostro Nemico, lo Stato* (1935), liberilibri, Macerata, 1995, ristampa 2005, p. XV.

<sup>32</sup> L.M. BASSANI, *Albert JayNock e i libertari americani*, cit. p. XIII.

Ma nei fatti è tutto diverso. Anche i movimenti anarchici sono organizzazioni che non riconoscono altre organizzazioni al di sopra di sé, e dunque si comportano come ordinamenti giuridici sovrani. Ad esempio «nell’anarchismo di Proudhon, Bakunin, Kropotkin e Malatesta la libertà individuale è un risultato, un *end state* ... fa riferimento alle forze collettive, mai agli individui»<sup>33</sup>. Mentre altra scuola (quella americana, a partire da Jefferson, Thoreau) ha «fatto i conti con l’idea di ordine politico fondato su una società senza Stato, sulla sovranità dell’individuo e sulla tutela dei diritti di proprietà»<sup>34</sup>. Ironia della sorte: avviene che costoro abbiano predicato l’abbattimento di ogni regime giuridico, ma inconsapevolmente (ossia: attraverso una organizzazione che è giuridica a loro insaputa!?) abbiano puntato alla sostituzione del vecchio Stato con l’avvento al potere del movimento anarchico vincente. Questa contraddizione li rende forti nel momento della distruzione del nemico, ma deboli per sostituirsi ad esso. Infatti non si conoscono organizzazioni anarchiche al potere. Diverso sarebbe il caso di comunità anarchiche spontanee. Ma al momento non ce ne viene in mente nessuna. Questa potrebbe essere intravista nei primi momenti della creazione degli Stati Uniti d’America, e secondo il principio che “il governo migliore è quello che governa meno” (Jefferson)<sup>35</sup>. Forse è esistito come progetto nella Dichiarazione d’Indipendenza (1776), ma già nella Costituzione (1787) tutto era cambiato<sup>36</sup>. «La tesi di Nock è che l’adozione della Costituzione fu un vero colpo di Stato diretto dagli interessi finanziari con l’intento di centralizzare la macchina governativa e guadagnarsi l’accesso ai mezzi politici»<sup>37</sup>. Nel ‘68 (nel 1968) si è tentato qualcosa del genere con le “comuni”, ma poi anche queste esperienze si sono rivelate assai effimere.

c) Ciò premesso, «giova ripartire dal concetto marxiano secondo cui: “Le idee dominanti di un’epoca sono sempre state soltanto le idee della classe dominante»”<sup>38</sup>. In un precedente passo del *Manifesto*, il pensiero era stato anticipato: “Tutte le classi che fino ad ora si sono impossessate del potere, hanno sempre cercato di consolidare la posizione raggiunta assoggettando la società tutta intera alle condizioni del loro particolare modo di appropriazione”<sup>39</sup>. Questo passaggio relativo all’assoggettamento ad un particolare modo di

<sup>33</sup> Cfr. L.M. BASSANI, *Albert JayNock e i libertari americani*, cit. p. XIII.

<sup>34</sup> L.M. BASSANI, *Albert JayNock e i libertari americani*, cit. p. XIII.

<sup>35</sup> L.M. BASSANI, *Albert JayNock e i libertari americani*, cit. p. XIV.

<sup>36</sup> *Il Manifesto del partito comunista* (1848) parte II.

<sup>37</sup> *Il Manifesto del partito comunista* (1848) parte II.

<sup>38</sup> R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 44.

<sup>39</sup> *Il Manifesto del partito comunista* (1848) parte II.

*appropriazione dei beni e delle merci indica un modo d'essere del diritto. Non è l'unico. Infatti anche quello che auspica la proprietà collettiva o dello Stato, è un modello giuridico*<sup>40</sup>. È il modello seguito da tutti i sistemi comunisti.

L'accusa verso le società capitalistiche «veniva accentuata e sviluppata con le seguenti parole: *“La storia di tutta la società passata si è svolta in contrasti di classe, che nelle diverse epoche hanno assunto forme diverse”*<sup>41</sup>. *“Ma qualunque sia stata la forma assunta da tali contrasti, lo sfruttamento di una parte sull'altra è stato il fatto comune a tutti i secoli passati”*<sup>42,43</sup>. Si è quindi dedotto che il diritto fosse uno strumento deleterio.

**c1)** Ferrajoli ha «sempre avuto, com'è ovvio, una grande ammirazione per il pensiero di Marx, ma non» pensa «di essere mai stato propriamente marxista»<sup>44</sup>. Quel che ha «sempre trovato inaccettabile dell'ortodossia marxista è la radicale svalutazione del ruolo del diritto come possibile sistema di limiti e di vincoli e controlli nei confronti dei poteri pubblici e privati»<sup>45</sup>. Per il Ferrajoli, «quella vulgata ... deve essere non solo respinta, ma ribaltata: il diritto positivo è una costruzione integralmente artificiale, e può ben essere costruito, anziché come legge del più forte, riflesso o sovrastruttura della struttura capitalistica, come *legge del più debole*, come è avvenuto con le odierne costituzioni rigide»<sup>46</sup>. «Sono in effetti leggi del più debole ... tutti i diritti fondamentali, costituzionalmente stabiliti»<sup>47</sup>.

**c2)** Ma, veramente, Marx svalutava il diritto? Oppure si tratta di opinione comune e diffusa ma profondamente errata? Sicuramente Marx ed Engels condannavano il diritto del nemico di classe? Sicuramente ciò che non piaceva a Marx ed Engels erano gli ordinamenti giuridici della classe borghese, e delle classi diverse dal proletariato; e non già il diritto in sé. In fin dei conti lo stesso partito comunista si era costituito e costruito come ordinamento giuridico alternativo a quelli borghesi e dell'antico regime»<sup>48</sup>. Se la religione è condannata come l'oppio dei popoli, anche il diritto del

<sup>40</sup> *Il Manifesto del partito comunista* (1848) parte II.

<sup>41</sup> R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 44.

<sup>42</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

<sup>43</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

<sup>44</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

<sup>45</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

<sup>46</sup> R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 44. Testo utile anche per comprendere in forma nuova la differenza fra strutture e sovrastrutture.

Per comprendere che il diritto non appartiene alla categoria sovrastrutture ma a quello delle strutture leggere C. MARX, *Il 18 brumario di Luigi Bonaparte* (1852), Editori Riuniti, Roma, 2006, p. 54 s. Cfr. R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 2 s. e altrove.

<sup>47</sup> R. FEDERICI, *Rivolte e Rivoluzioni*, cit., p. 45.

<sup>48</sup> R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit.

nemico è condannato come infame; ma nel contempo proprio dal *Manifesto* si ricava la *costruzione di una nuova fede nel partito comunista*; e nel contempo la costruzione di un nuovo ordinamento giuridico con l'organizzazione del partito comunista e delle sue classi dirigenti.

Infatti, nel corso del tempo, il partito comunista si sarebbe organizzato «come struttura legata da forti connotati ideologici. Sospinta dall'ardore degli adepti, che consapevolmente o meno si organizzarono in un partito con regole ferree. Più che un partito politico, quello comunista era un ordinamento rivoluzionario. Era una organizzazione rivoluzionaria, che poteva agire all'occorrenza come ordinamento contrapposto a quello statale. Le violazioni delle regole interne al partito erano e sono severamente punite così come si richiede ad una organizzazione giuridica pienamente efficiente. Dunque, inconsapevolmente o meno, il partito comunista nacque e crebbe come organizzazione giuridica sovrana. Sopra il partito non c'era nulla. Il segretario del partito o dei soviet era il capo. Così per Lenin, così per Stalin, così per chi prese il loro posto. Le sanzioni erano immancabili contro i non aderenti alla linea imposta dal partito. La segretezza delle decisioni era un valore e una regola tra le più importanti. Gli avversari dovevano essere tenuti all'oscuro del dibattito interno e delle decisioni strategiche. La partecipazione popolare era negata. Verso l'esterno si comunicava attraverso la propaganda di partito, e le notizie veramente importanti scarseggiavano. Ciò nonostante, l'organo di diffusione di massa delle notizie nell'URSS sarebbe diventato proprio quel giornale avente per nome la "Pravda" (che in russo significa la "Verità")»<sup>49</sup>.

**d)** Con la creazione degli ordinamenti giuridici e dello Stato, si è cercato di evitare la guerra di tutti contro tutti (Hobbes). Sempre con la creazione degli ordinamenti giuridici e dello Stato, si è provato a proteggere e garantire il rispetto della vita, attraverso strumenti sanzionatori che puniscono i reati: come le lesioni, le aggressioni, le vendette, gli omicidi, le rapine, i sequestri di persona. La funzione primaria degli ordinamenti giuridici, infatti (e, a nostro avviso), è quella di prevenire e risolvere le controversie in modo civile. Ossia, nel modo il meno traumatico possibile per evitare, cioè, gli strumenti bellici come la vendetta, i duelli e i conflitti

---

<sup>49</sup> R. FEDERICI, *Ne cives ad arma veniant*, pubblicato negli atti in onore del prof. Claudio Rossano, Jovene, Napoli, 2013, vol. I; e riproposto in appendice nella III ed. di *Guerra o diritto?*, p. 333 ss.

armati (come la guerra civile e/o internazionale e la rivolta)<sup>50</sup>. E può essere riassunta nella formula: *ne cives ad arma veniant* (affinché i cittadini non vengano alle armi)<sup>51</sup>.

### 3. Il pensiero di Luigi Ferrajoli: il Garantismo.

La contestazione di Luigi Ferrajoli del “diritto illegittimo” inizia con una serie di domande. Ma come si riesce a garantire il rispetto dei diritti fondamentali? E a proteggere i diritti di libertà e i diritti sociali? Qual è il modo per onorare la persona umana e i suoi diritti sociali e di libertà? Quali sono gli strumenti giuridici idonei a fornire le dovute garanzie? Domande e risposte, esse stesse, a dir poco, essenziali per ogni ordinamento giuridico che pretenda di dirsi civile.

Sono questi i punti di domanda da affrontare per esaminare ogni ordinamento giuridico moderno. Luigi Ferrajoli si è posto le suddette questioni, ed ha fornito risposte ed indicato i modelli e i requisiti. I modelli, cioè, e i requisiti idonei a rendere effettivo il riguardo dovuto a questi diritti da parte dello Stato e degli altri cittadini. E con tale scopo, Ferrajoli ha elaborato un sistema teorico, che si fonda sul principio del “Garantismo”<sup>52</sup>. Proviamo a studiarlo.

Luigi Ferrajoli ha prodotto una montagna di scritti e di libri, ma noi per comodità (e tanto per cominciare) e come guida ci serviamo di una sintesi, il libricino dal titolo: *Dei diritti e delle garanzie*<sup>53</sup>, un dialogo con domande e risposte brevi. Tale saggio è funzionale al nostro discorso sulla individuazione precisa delle linee fondamentali del pensiero di Ferrajoli sul *Garantismo*.

Di norme di garanzia estese al diritto penale, in Italia aveva discorso in qualche misura anche Pietro Nuvolone (1917-1985). Nuvolone nella trattazione della parte generale del diritto penale aveva insistito sulla distinzione tra “norme - comando” e “norme-garanzia”<sup>54</sup>. Sulle norme di comando (e di divieto) c’è poco da dire, talmente sono conosciute. Sono le regole usuali, generali ed astratte; sono utilizzate tanto nel diritto civile quanto nel diritto penale. Esse impongono un fare, un dare oppure un

<sup>50</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 330.

<sup>51</sup> *Conversazione con Mauro Barberis*, il Mulino, Bologna, 2013.

<sup>52</sup> P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale* (Cedam, Padova, 1972 e 1982) (citato da S. VINCIGUERRA, *Nuvolone Pietro*, voce del *Dizionario Biografico degli italiani*, Treccani, vol. 79, 2013).

<sup>53</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, prima ed. 2007, vol. I, p. 194 s.

<sup>54</sup> P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit.

divieto di fare o prestare; e puniscono le relative violazioni con sanzioni previste dalle leggi civili, penali, amministrative, tributarie, processuali e così via. Le *norme di garanzia*, invece, sembrerebbero ristrette all'ambito del diritto civile. Tanto è vero che per garanzia e/o garanzie, fin dai tempi del diritto romano, si intende «una classe di istituti» «volti ad assicurare l'adempimento delle obbligazioni e la tutela dei corrispondenti *diritti patrimoniali*. Se ne distinguono, in questo senso, due classi: le *garanzie reali* come il pegno e l'ipoteca» e le «*garanzie personali*, come la fideiussione e l'avallo»<sup>55</sup>. Tuttavia notava già il grande penalista Pietro Nuvolone, esistono anche norme di garanzia disciplinate dal diritto penale tradizionale. In quest'ultimo caso «la norma-garanzia ... è, del tutto, estranea ad ogni funzione intimidatrice e tende esclusivamente a difendere su un'altra frontiera e con altri mezzi gli interessi tutelati penalmente». Tipiche, ad esempio, le norme che dettano regole legislative di garanzia nei confronti degli incapaci<sup>56</sup>.

Le garanzie infatti sono doveri e sanzioni<sup>57</sup>. «L'opposto del garantismo è il dispotismo giudiziario»<sup>58</sup>. E cioè il dispotismo, la demagogia mirano «ad avere un facile consenso attraverso la repressione punitiva: come se alzare le pene contro i delinquenti e diminuire le garanzie per gli indagati fosse la panacea per tutti i problemi penali»<sup>59</sup>. Demagogia e populismo sono assimilati<sup>60</sup>. In altre parole, sembra di capire che “populismo” sia il nuovo nome di demagogia. E si suddivide nelle due forme di populismo giudiziario e populismo legislativo<sup>61</sup>. Invero, demagogia e populismo non sarebbero sinonimi. Ma per coloro che accusano gli altri di demagogia va bene così.

*Garantismo* è una denominazione introdotta in Italia nella seconda metà degli anni Settanta del '900, «per indicare le tecniche di tutela dei *diritti fondamentali*: siano essi negativi, come i *diritti di libertà*, cui corrispondono divieti di lesione, o diritti positivi, come i *diritti sociali* cui corrispondono obblighi di prestazione in capo ai pubblici

<sup>55</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 59.

<sup>56</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14. «È con riferimento al dispotismo punitivo che il giusnaturalismo illuminista sviluppò le sue battaglie contro l'intolleranza politica e religiosa e contro l'arbitrio repressivo dell'*ancien régime*» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. XVIII).

<sup>57</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14.

<sup>58</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14.

<sup>59</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14.

<sup>60</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 195.

<sup>61</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 13. Per approfondimenti, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 194 ss.

poteri»<sup>62</sup>. «Fa la sua comparsa, nella cultura di sinistra di allora, sul terreno del diritto penale, quale replica alla legislazione e alla giurisdizione di emergenza che in quegli anni ridusse il già debole sistema delle garanzie del corretto processo»<sup>63</sup>. Ferrajoli è «stato uno dei primi a farne uso»<sup>64</sup>. Erano gli anni di piombo: quando cioè la contestazione aveva assunto le forme della violenza; e gli attentati, i rapimenti erano all'ordine del giorno; così come le manifestazioni e le pubbliche contestazioni<sup>65</sup>.

«Si produsse allora, nella sinistra italiana, una divisione tra i fautori della legislazione d'emergenza come risposta quasi obbligata alla minaccia eversiva del terrorismo, e quanti invece sostenevano la necessità di rispondere a quella minaccia con la forza dello Stato di diritto, messa alla prova proprio dalla sua capacità, nei momenti difficili, di non ammettere eccezioni né cedimenti»<sup>66</sup>.

### **3.1. Senza diritto non c'è giustizia. La giustizia ha bisogno del diritto.**

Ad avviso della teoria elaborata dal Ferrajoli, “*Garantismo*”, dunque, significa tutela «di quei valori o diritti fondamentali la cui soddisfazione, anche contro gli interessi della maggioranza, è lo scopo giustificante del diritto penale: l'immunità dei cittadini contro l'arbitrarietà delle proibizioni e delle punizioni, la difesa dei deboli mediante regole del gioco vevoli per tutti... »<sup>67</sup>. In altre parole, si potrebbe dire che il Ferrajoli si propose di avvicinarsi di molto al diritto ideale; al diritto, cioè, come arte del buono e dell'equo, secondo la nota definizione contenuta all'inizio del Digesto: *ius est ars boni et aequi*<sup>68</sup>.

Attenzione, a questo punto, Ferrajoli fa un passo nuovo, inatteso, e per certi versi spettacolare quando afferma che *senza diritto non c'è giustizia*<sup>69</sup>. *La giustizia ha bisogno*

<sup>62</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 13.

<sup>63</sup> Tanto per citare un libro, per chi non visse o non ricorda quei momenti drammatici, e per rievocare i fatti di allora L. ANNUNZIATA, 1977. *L'ultima foto di famiglia*, Einaudi, Torino, 2007. Dove si prende spunto dalla divisione della famiglia comunista: per scissione delle famiglie dei giovani contestatori contro quella unitaria dei “padri o dei vecchi” abbarbicati accanto alle insegne del Pci.

<sup>64</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 13.

<sup>65</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 330.

<sup>66</sup> Digesto, I, 1.1. Definizione attribuita ad Ulpiano e da questi a Celso.

<sup>67</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

<sup>68</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

<sup>69</sup> F. CARNELUTTI, *La guerre e la paix*(1945), tradotto e riedito (a cura di G. TRACUZZI), Giappichelli, Torino, 2014, p. 113.

*del diritto*<sup>70</sup>. Questo passo è strategico e convincente allo stesso tempo. Infatti senza diritti e doveri, senza rispetto dei diritti e dei doveri non c'è giustizia, senza rispetto di un ordinamento giuridico civile, c'è solo caos e violenza pura. Non c'è ordinamento giuridico ma qualcosa che somiglia molto alla prepotenza e alla guerra di tutti contro tutti ovvero all'anarchia. Invero, Carnelutti aveva azzardato: se gli esseri umani sapessero amare non ci sarebbe bisogno di leggi, di giudici, di confini e di gendarmi. Ma siccome gli esseri umani non sanno amare ecco che c'è bisogno di leggi, di giudici, di gendarmi e di confini<sup>71</sup>. Idea ispirata al messaggio evangelico e a quella, sopra ricordata, del Manzoni: *la man degli avi insanguinata seminò l'ingiustizia, i padri l'hanno coltivata col sangue; e omai la terra altra messe non dà*<sup>72</sup>.

Torniamo da Ferrajoli: in altre parole, il *Garantismo* non è altro che rispetto delle regole (sostanziali e processuali) a favore dei più deboli. Infatti, i forti non hanno bisogno di un soprappiù di garantismo. Ferrajoli sostiene che «la giustizia, come la morale, non sono questioni di maggioranza». Ma questo è un passaggio chiave (ma difficile da digerire per chi si considera un democratico e un giuspositivista). E dunque va spiegato.

### 3.2. Tra Giuspositivismo e Giusnaturalismo.

Il giuspositivismo, si sa, è nato come forma di rispetto della legge civile rivoluzionaria (quella nata dalla Rivoluzione francese e dai suoi codici). Prima di allora non si era mai parlato di giuspositivismo, anche se Montesquieu ne aveva introdotto il concetto con attribuire all'ordine giudiziario e al giudice in particolare la funzione di "*Bocca della legge*". Tutto ciò sulla base della sua celebre distinzione dei poteri per garantire la libertà, la democrazia e il progresso civile. Ma molta acqua è passata sotto i ponti da quei momenti e quello che allora era considerato civile e moderno, oggi, potrebbe sapere di vecchio e stantio.

<sup>70</sup> A. MANZONI, *Adelchi*, V, 8, 356-359.

<sup>71</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65.

<sup>72</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65.

Ancora oggi siamo nella situazione drammatica, nella quale non si riesce a combattere efficacemente il fenomeno del caporalato, ed espungere definitivamente il fenomeno criminoso di riduzione in schiavitù: per ulteriori informazioni si rinvia alle relazioni del convegno "*Uguaglianza e Discriminazione*", svoltosi a Roma – la Sapienza, in data 6 ottobre 2017 (Radio Radicale).

Per comprendere il giuspositivismo di Ferrajoli bisogna ragionare in termini di gerarchia. Gerarchia fra le fonti del diritto. Egli si chiede: qual è la legge fondamentale del nostro ordinamento giuridico? E alla quale tutte le altre leggi sono sottomesse gerarchicamente? La risposta è semplice: questa legge è la Costituzione repubblicana entrata in vigore il 1° gennaio del 1948. Tutte le altre leggi le sono subordinate e tale subordinazione deve esser fatta rispettare dalla Corte Costituzionale.

In altre parole, l'orologio della Storia italiana, in quel frangente, ha toccato il suo massimo, ogni legge contraria potrebbe essere considerata al pari di una eresia. E va condannata e rimossa dall'ordinamento giuridico italiano. La Corte Costituzionale dovrebbe agire come la "Santa Inquisizione": un brutto paragone, ce ne rendiamo conto, perché l'Inquisizione non fu affatto santa ma assai carnefice.

Ora come la mettiamo? Ferrajoli è un giuspositivista e giustamente ritiene che secondo il nostro ordinamento giuridico esiste una gerarchia delle leggi (che non potrebbe essere infranta neanche dalla normativa dell'Unione Europea, comunque la si chiami!). E che nessuna classe dominante possa sostituirsi a quella che allora pose le norme fondamentali dell'ordinamento italiano. Sorse poi il problema per superare i non pochi contrasti tra le diverse norme costituzionali. Dopo il giuspositivismo sopra esposto, ecco spuntare una sorta di neo-giusnaturalismo fondato sulla interpretazione delle norme della Costituzione: bisogna cercare fra di esse le norme prevalenti. Stavamo per dire, bisognerebbe cercare se qualcuna di queste norme sia più costituzionale delle altre. A tal proposito, si è discusso spesso dell'articolo 3 della Costituzione come norma suprema.

### **3.3. I delitti dei poveri (rinvio).**

Ferrajoli ricorda che i delitti dei poveri si combattono con le misure che riducono o eliminano la povertà. «Le garanzie dei diritti sociali» sono «le vere misure in grado di prevenire grande e piccola criminalità» (ben più che la minaccia delle pene)<sup>73</sup>. «Povertà e mancanza di garanzie di sopravvivenza, al contrario, sono fattori

---

<sup>73</sup> R. FEDERICI, "Ne cives ad arma veniant", ora anche in allegato alla III edizione di *Guerra o diritto?*, cit., p.333 s.

criminogeni che spingono le persone emarginate nelle braccia della criminalità» organizzata (come mafia e camorra)<sup>74</sup>.

Ciò detto, Ferrajoli passa alla critica di un'altra legislazione assurda come, ad esempio, quella che consegna il mercato della droga al monopolio criminale, con tutti i suoi effetti devastanti (si rinvia al § 20).

**3.4. Negato che il diritto sia uno strumento della classe dominante (di ogni epoca e luogo), poi sembra assurdo pensare che possa essere lo strumento di una precedente classe dominante.**

V'è un argomento rimasto in sospeso: *se si nega che il diritto sia uno strumento della classe/i dominante/i (di ogni epoca e luogo), poi sembra assurdo pensare che possa essere lo strumento di una precedente classe dominante.*

“Dovunque vi sia una classe dominante” (come sostenuto non solo da Marx, ma anche da moltissimi altri prima di lui) le leggi non sono altro che privilegi delle classi dominanti (basti pensare a Trasimaco di Calcedonia, a Orazio, Carneade, J. J. Rousseau, a Cesare Beccaria, J. S. Mill). Anche chi scrive (proprio perché non è un idealista né un utopista) è costretto ad aderire a questa linea di pensiero. Ma per non cadere nel peggiore dei trabocchetti, a noi sembra di avere in serbo una sorta di gomma di scorta. Quando i privilegi diventano insopportabili e vengono difesi con forme di violenza bellica contro la collettività che si ribella, allora ci si sente di dire che in quel momento non si è più in presenza di un unico ordinamento giuridico in vigore ma di due: l'un contro l'altro armati. È il caso della guerra civile (o della rivoluzione) fra due ordinamenti contrapposti.

Quando un ordinamento si comporta come sistema giuridico in guerra contro un altro, vengono meno i suoi caratteri fondativi e le funzioni originarie dell'ordinamento giuridico: quello di essere, cioè, strumento della politica e dell'economia con funzioni di prevenzione e risoluzione delle controversie (*Ne cives ad arma veniant*)<sup>75</sup>. Laddove uno Stato fa la guerra si comporta in modo antiggiuridico: alternativo a quello giuridico. Infatti il potere politico, a nostro avviso, ha due strumenti per attuarsi: quello giuridico e quello bellico. Quello accettato dalla

<sup>74</sup> H. ARENDT, *Sulla rivoluzione* (1963), Einaudi, Torino, 2009, p. 17.

<sup>75</sup> B. PASCAL, *Pensieri*.

comunità; e quello che vorrebbe imporsi anche a chi è contrario con ausilio della forza bellica.

Una considerazione in più sullo scopo del diritto come difesa dei più deboli. È questo un ideale da non trascurare. Un obiettivo da porsi come sempre presente. Ma i più deboli in un sistema democratico o sono pochi o non esistono veramente, perché in democrazia tutti possono far valere la propria volontà, altrimenti non è democrazia. E se non c'è democrazia, un po' tutti sono deboli. La gran maggioranza è costituita dai deboli. Perché si introduce il criterio della democrazia come metodo, seppur imperfetto, di tutela dei deboli? Ecco il ragionamento. Alla difesa dei più deboli si devono dedicare i più forti (come i genitori). Ma fra le genti diverse e nei territori stranieri il migliore aiuto dovrebbe venire dai propri simili; e quindi alla difesa dei più deboli debbono dedicarsi gli stessi più deboli. Ciò è quello che si sta facendo da alcuni secoli, in due modi: con le rivoluzioni classiche o con le rivoluzioni non violente (e più sottili) come quella portata avanti da studiosi del calibro di Ferrajoli, che discorrono di *diritto illegittimo* per condannare la legislazione che non tutela le classi più deboli. E così può anche capitare che le classi ritenute più deboli a forza di rafforzarsi diventino le più forti.

### 3.5. La rivoluzione nel pensiero di HannahArendt.

Negli Stati borghesi non era così e così neanche nei paesi a regime comunista. Però, c'è sempre un però! In ogni caso ci piace ricordare il pensiero di due autori. HannahArendt, la quale afferma che *la rivoluzione è "ben altro che liberare se stessi rendendo schiava l'altra parte"*<sup>76</sup>. E Blaise Pascal secondo cui: *la giustizia senza la forza è impotente, mentre la forza senza la giustizia è tirannia*<sup>77</sup>. Quando Ferrajoli sostiene che la giustizia ha bisogno del diritto (ossia della forza del diritto), a nostro avviso, troviamo una sorta di riaffermazione del principio di Pascal.

<sup>76</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 44 s.

<sup>77</sup> R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit., p. 269 ss.; R. FEDERICI, *Un passo oltre Santi Romano. La critica del concetto di diritto bellico*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, vol. II, p. 1203 ss.

#### 4. formazione e sviluppo del pensiero di Luigi Ferrajoli.

a) Ferrajoli accoglie le intuizioni di Hobbes sulla nascita degli Stati. Gli ordinamenti giuridici sono costruzioni umane, nel senso che sono universi linguistici artificiali. Egli aggiunge che gli *ordinamenti giuridici legittimi* son quelli fondati sulla stipulazione delle regole e dei principi da osservare. Leggi che vanno applicate mediante tecniche appropriate ai fatti giudicati<sup>78</sup>.

b) Ecco subito risaltare la distinzione tra “*diritto legittimo*” e quel diritto solo in senso formale “*diritto per modo di dire*” (ovvero “*diritto illegittimo*”). Distinzione fondamentale in tutta la sua opera. Che in qualche misura potrebbe essere analizzato in termini di similitudini e di differenze con la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici, da noi ripresa dagli studi di Santi Romano e poi rielaborata<sup>79</sup>.

c) In particolare, il Ferrajoli si occupa del «problema del garantismo penale» che affronta con l’elaborazione di tecniche particolarmente stringenti sul piano teorico e pratico onde renderle il più possibile esenti da errori<sup>80</sup>. Ossia, e come già detto poco sopra, il concetto di “*Garantismo*” nell’ottica del Ferrajoli assume il significato di tutela «di quei valori o diritti fondamentali la cui soddisfazione, anche contro gli interessi della maggioranza, è lo scopo giustificante del diritto penale». Con esso si insegue e si difende «l’immunità dei cittadini contro l’arbitrarietà delle proibizioni e delle punizioni, la difesa dei deboli mediante regole del gioco valevoli per tutti...»<sup>81</sup>.

d) Tutto il discorso di Ferrajoli ruota intorno alle garanzie. Intorno alle garanzie dei diritti fondamentali. Ferrajoli è dell’idea che *soltanto il diritto positivo possa garantire l’effettività dei principi di giustizia affermati dal diritto naturale (o giusnaturalismo)*. L’effettività si realizza unicamente con le «tecniche di invalidazione e riparazione» contro le anomalie, e le lacune del diritto illegittimo<sup>82</sup>. Sicché le norme *vigenti* ma sostanzialmente contrarie alla Costituzione danno luogo al *diritto illegittimo*, quello cioè destinato ad essere dichiarato incostituzionale<sup>83</sup>.

e) Il giuspositivismo di Ferrajoli si distingue da quello di Bobbio, perché «la dogmatica e la teoria del diritto non possono limitarsi a dire, secondo una classica

<sup>78</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 45, 330.

<sup>79</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 330.

<sup>80</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 119.

<sup>81</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

<sup>82</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 31.

<sup>83</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 31.

tesi bobbiana, “ciò che il diritto è”» ma dovrebbero dire anche «“ciò che il diritto non deve essere” e che tuttavia illegittimamente è»<sup>84</sup>.

f) «I giuristi ... hanno sempre svolto un ruolo critico e normativo nei confronti del diritto positivo. Solo che lo hanno svolto, di solito, senza esplicitarlo, e perciò nel modo peggiore, a causa della pretesa dell'avalutatività che sempre ha pesato come un'ossessione sulla cultura giuspositivista»<sup>85</sup>.

g) Invece la *Teoria del garantismo* costruita da Ferrajoli, «conferisce ... alla dogmatica una funzione critica nei confronti del suo oggetto e alla teoria una funzione a sua volta normativa e progettuale»<sup>86</sup>.

h) Nella teoria del garantismo elaborata dal Ferrajoli si loda la separazione dei poteri e il positivismo. Si vorrebbe coniugare la teoria della separazione dei poteri col positivismo giuridico con una sorta di neo-giusnaturalismo (fondato sul costituzionalismo o sulla rifondazione del costituzionalismo quale prodotto delle moderne Costituzioni rigide). Tuttavia, egli evidenzia tutta la sua sfiducia nei confronti dei nostri attuali legislatori<sup>87</sup>. E in qualche modo scarica sulla magistratura il lavoro che non sa fare il legislatore. Ma non sempre, nella storia anche recente, la giurisprudenza risulta all'altezza del carico di responsabilità attribuito all'operato dei giudici (sono note le polemiche furiose sul caso Palamara; e peraltro ancora sanguina la ferita inferta dalla brutta vicenda giudiziaria che aveva colpito il noto conduttore televisivo Enzo Tortora).

i) I principali studiosi di riferimento di Ferrajoli sono: Hobbes, gli illuministi (in particolare Montesquieu<sup>88</sup> Voltaire<sup>89</sup>, Rousseau e Cesare Beccaria), e poi Marx (dal quale però prende le distanze, per quell'aspetto della teoria marxiana che sottovaluta l'importanza del diritto), Hart, Kelsen ed ovviamente il suo maestro Norberto

<sup>84</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 31.

<sup>85</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 24.

<sup>86</sup> Ovviamente allorché si parla di separazione dei poteri «si allude soprattutto alla classica dottrina di Montesquieu ... concepita con riferimento a sistemi politici incomparabilmente più semplici di quelli odierni» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 870).

<sup>87</sup> Voltaire condannò papa Gregorio per essere stato il primo a mandare al rogo le streghe; e condannò tutti gli altri che dopo di lui fecero bruciare un numero incredibile di streghe e stregoni: più ne venivano arsi vivi più se ne riproducevano. Fino quando non si sarebbe deciso di non bruciarne più; e la conseguenza sarebbe stata che col cessare di mandare al rogo stregoni, streghe ed eretici anche essi sarebbero scomparsi (Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 433).

<sup>88</sup> Sulla differenza tra il giuspositivismo di Bobbio e quello di Ferrajoli, si veda L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 30 s.

<sup>89</sup> Cfr., per tutti, G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III (aggiornato a cura di C. FARALLI), V ed., cit., p. 372 s.

Bobbio<sup>90</sup>. E molti altri che non sto qui a citare. Il successo e la sua influenza sulla moderna dottrina è enorme; maggiore nei paesi latino-americani ed in Spagna e Portogallo: così tanto preminente rispetto a quella (già assai notevole) vantata nella stessa Italia<sup>91</sup>.

**l)** Il filosofo del diritto, Luigi Ferrajoli, dunque, «è considerato il maggiore esponente della Scuola italiana di filosofia analitica»<sup>92</sup> e «uno dei pochi italiani più famosi all'estero che nel proprio Paese»<sup>93</sup>. Ferrajoli «da una vita si dedica a costruire una teoria del diritto e della democrazia discussa in tutto il mondo»<sup>94</sup>. «Il garantismo di Ferrajoli si distingue perché legge problemi e propone soluzioni in termini rigorosamente giuridici: essenzialmente in termini di garanzie dei diritti delle persone»<sup>95</sup>.

**m)** Il garantismo per come lo intende Ferrajoli è «l'altra faccia del costituzionalismo, quella volta ad assicurarne l'effettività mediante l'introduzione e l'attuazione delle garanzie dei diritti costituzionalmente garantiti»<sup>96</sup>. «Le garanzie sono infatti le tecniche attraverso le quali vengono tutelati e soddisfatti i diritti, i quali consistono tutti in bisogni o immunità, in aspettative passive associate o meno a facoltà»<sup>97</sup>. Ovviamente la teoria del garantismo era stata esposta dallo stesso Ferrajoli già da tempo: «nell'ultima parte» di *Diritto e ragione* (prima edizione, 1989).

**n)** «Configurare la teoria generale dello “stato di diritto” come teoria del garantismo, e delinearne i principi» ha la funzione di «assicurare effettività ai vari tipi di diritti “fondamentali”: che sono tali nel senso che i valori da essi espressi “fondano” e giustificano l'esistenza stessa di quegli “artifici”, come li chiamò Hobbes, che sono il diritto e lo stato e che sono apprestati dagli uomini per la loro soddisfazione»<sup>98</sup>.

**o)** Tuttavia si tratta sempre di «convenzioni normative», relative, imperfette, approssimative, «sicché sono sempre giustificati il dubbio e la critica in ordine al loro

<sup>90</sup> M. BARBERIS, *Presentazione*, in *Dei diritti e delle garanzie (Conversazioni di L. Ferrajoli con M. Barberis)*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 7.

<sup>91</sup> M. BARBERIS, *Presentazione*, cit., p.7.

<sup>92</sup> M. BARBERIS, *Presentazione*, cit., p.7.

<sup>93</sup> M. BARBERIS, *Presentazione*, cit., p.7.

<sup>94</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 11 s.

<sup>95</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12. Garantismo che «non ha nulla a che fare con il mero legalismo, o formalismo o proceduralismo. Esso consiste bensì nella tutela dei diritti fondamentali» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. XXIII).

<sup>96</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 377.

<sup>97</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 217.

<sup>98</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 217.

grado di effettività»<sup>99</sup>. «Il potere politico, per esempio, è legittimato dalla sua rappresentatività della volontà popolare; la quale ... è chiaramente una convenzione»<sup>100</sup>.

p) I giudizi sul Ferrajoli che si leggono in apertura di questo aureo libricino<sup>101</sup> provengono da un filosofo del diritto (Mauro Barberis) che in un primo momento era schierato su un altro fronte: quello che assimilava il pensiero di Ferrajoli a quello di neo-costituzionalisti (R. Dworkin (1931- 2013)<sup>102</sup>, R. Alexy (nato nel 1945)<sup>103</sup>, M. Atienza, J. RuizManero e G. Zagrebelsky). Contro detta assimilazione, aveva reagito lo stesso Ferrajoli, con un articolo pubblicato nel 2010 sulla rivista "Giustizia Costituzionale"<sup>104</sup>.

r) Conosciamo meglio i due personaggi del libro *Dei diritti e delle garanzie* (Ferrajoli e Barberis): Luigi Ferrajoli è un democratico radicale, illuminista e riformista. È stato etichettato in vari modi (neogiuspositivista, giuscostituzionalista). Forse la qualifica che crea meno problemi è quella di "garantista". Ferrajoli ha preso le mosse dalla sua esperienza di magistrato penale, da quel settore, cioè, dove «più brutale è il rapporto tra autorità e libertà»<sup>105</sup>. Ed ecco i titoli dei suoi scritti fondamentali:

- sul garantismo penale "*Diritto e ragione*" (1989), del quale si contano numerose edizioni; e

- sul garantismo sociale "*Principia juris*" (2007).

Marco Barberis è molto più giovane (di quasi venti di anni), si considera un liberale di sinistra, scettico e realista; è autore, tra l'altro, di un fortunato manuale di *Filosofia del diritto*<sup>106</sup>. Manuale, giunto alla sesta edizione, al quale egli cambia titolo e

<sup>99</sup> Libricino è qui da intendersi, ovviamente, in senso relativo, e cioè rispetto ai principali scritti di Ferrajoli i quali superano ampiamente le mille pagine. *Dei diritti e delle garanzie*, invece (tra domande e risposte) non raggiunge le duecento.

<sup>100</sup> R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (ed originale Londra 1977), tradit. il Mulino, Bologna, 1982. «Il post-positivismo può essere fatto cominciare ... con le critiche di Ronald Dworkin ad Herbert Hart, raccolte nel volume, del 1977, *Taking Rights Seriously*». Nel corso del quale entra «in polemica con la tesi hartiana della separazione tra diritto e morale» (G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III (aggiornato a cura di C. FARALLI), cit., p. 356 ss. La tesi verrà sviluppata dallo stesso autore in un altro libro: R. DWORKIN, *Law's Empire*, Londra, 1986 (trad. it. *L'impero del diritto*, Milano, 1989)

<sup>101</sup> Sulla scia di Dworkin si mette R.ALEXY, cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, (aggiornato a cura di C. FARALLI), cit., p. 364 ss.

<sup>102</sup> Sul dissenso con i neocostituzionalisti ed anche con i giusrealisti come Riccardo Guastini, L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 80 s.

<sup>103</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

<sup>104</sup> Il Mulino, Bologna, 2000; dello stesso autore, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 2000.

<sup>105</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit.

<sup>106</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. IX, 52 ss.

lo fa diventare: *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*<sup>107</sup>. La tesi fondamentale di Barberis è che il giusnaturalismo pecca nel «pretendere che il diritto ingiusto non sia diritto, mentre i positivisti hanno ragione a constatare che il diritto resta diritto anche se ingiusto»<sup>108</sup>. Ma dopo Auschwitz «tutti possono ammettere, però, che il diritto deve essere giusto: e forse pure che, per il diritto la giustizia non è un valore come gli altri, ma è il valore propriamente giuridico, come la verità per la scienza e la bellezza per l'arte»<sup>109</sup>.

Il primo (Ferrajoli) propone soluzioni costruttive e illuminate. Il secondo (Barberis) cerca di smontarle, ma può capitare anche l'inverso<sup>110</sup>.

## 5. Il "diritto illegittimo".

Nel suo celebre "Contratto sociale" (del 1762), J. J. Rousseau si era posto il problema di come risolvere il dilemma del "*diritto illegittimo*, ovvero della violenza e dell'asservimento di gran parte del popolo francese al potere di pochi nobili: un vero e proprio sopruso contro i diritti fondamentali del popolo di Francia. Si trattava di combattere i privilegi e gli abusi perpetrati dalla aristocrazia ai danni dei comuni cittadini. Privilegi e prepotenze condannate da tutti gli illuministi a cominciare da Montesquieu, da Voltaire, dagli enciclopedisti come Diderot, dal nostro Cesare Beccaria, da Sieyès e tanti altri.

«Noi abbiamo conoscenza storica di ordinamenti civili e penali, ma sappiamo anche che, nei secoli bui della storia, la giustizia penale è stata amministrata in modo vergognoso»<sup>111</sup>.

Potremmo dire oggi del *diritto illegittimo* (che tormentava i sudditi dell'antico regime e di tutti i regimi dittatoriali successivi) quanto dissero gli illuministi. Essi auspicarono (e poi i loro allievi più arditi fecero) una rivoluzione, nel tentativo di fondare sui poteri legittimi un nuovo ordinamento giuridico. Ossia, fondarlo sulla sovranità popolare. Già Montesquieu aveva parlato di separazione dei poteri onde

<sup>107</sup> M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, cit. p. IX.

<sup>108</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p.11.

<sup>109</sup> Cfr., R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit., p. 60 s.

<sup>110</sup> VOLTAIRE, *Candide* (1759).

<sup>111</sup> J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (trad. it. di M. GARIN, con introduzione di T. MAGRI, dell'edizione del 1762, Laterza, Roma-Bari, libro II, cap. V, p. 51.

evitare l'assolutismo regio. Già Montesquieu si era detto favorevole ad un regime repubblicano.

Rousseau era per la democrazia diretta, mentre Hobbes e Montesquieu preferivano quella indiretta. Voltaire criticava e continuava a criticare il modo vergognoso in cui veniva amministrata la giustizia durante l'antico regime, e ridicolizzava chi pensava di vivere nel migliore dei mondi possibili (come Leibniz)<sup>112</sup>. Insomma, per Rousseau, il popolo doveva autogovernarsi attraverso un sistema di democrazia diretta, dove le sanzioni e l'apparato giudiziario avessero un ruolo minore. Il ragionamento di Rousseau era questo: poche sono le violazioni quando le leggi sono accettate da tutti, in quanto formulate da tutti coloro che se le auto-impongono<sup>113</sup>. Egli dice «un popolo è un popolo» quando adotta un contratto sociale: «una forma di associazione che protegga e difenda con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato»<sup>114</sup>. «Il patto fondamentale, invece di distruggere l'uguaglianza naturale, sostituisce al contrario, un'uguaglianza morale e legittima a quel tanto di disuguaglianza fisica che la natura ha potuto mettere tra gli uomini i quali, potendo per natura trovarsi ad essere diseguali per forza o per ingegno, diventano tutti uguali per convenzione e di diritto»<sup>115</sup>. «Si pensi ai giusti attacchi rivolti da Cesare Beccaria al sistema penale vigente prima della Rivoluzione Francese, considerato come lo "scolo dei secoli più barbari"»<sup>116</sup>. «In uno Stato ben governato ci sono poche punizioni, non perché si fanno molte grazie, ma perché vi sono pochi criminali: quando lo Stato è in declino il numero stesso dei delitti assicura la loro impunità»<sup>117</sup>. D'altronde la «frequenza dei supplizi è sempre segno di debolezza o di pigrizia del governo»<sup>118</sup>. Per non dire di Sieyès che illustrava la situazione grave nel momento in cui stava per scoppiare la Rivoluzione (1789)<sup>119</sup>. In estrema sintesi, erano queste le principali critiche degli illuministi all'Antico regime.

Ovviamente Ferrajoli scrive in tempi moderni: nei quali la maggior parte degli Stati sono costituiti da repubbliche. E dove, in Occidente, è stata tentata la famosa divisione dei poteri proposta da Montesquieu, e dove sono stati realizzati progressi

<sup>112</sup> J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., libro I, cap. IV, p. 21.

<sup>113</sup> J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., libro I, cap. IV, p. 33.

<sup>114</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (I ed. 1764; III ed. 1780), BUR, Milano, II ed., 1994, p. 56.

<sup>115</sup> J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., libro II, cap. V, p. 51.

<sup>116</sup> J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., libro II, cap. V, p. 51.

<sup>117</sup> E. J. SIEYÈS, *Che cos'è il Terzo Stato?*

<sup>118</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 29 s.

<sup>119</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 30.

enormi nella costruzione degli ordinamenti giuridici moderni, ispirati per lo più alla edificazione dello Stato sociale. Ma ancora ci sono troppi regimi giuridici *illegittimi*.

Forse la differenza maggiore tra la ricostruzione teorica di Ferrajoli, ad esempio, rispetto a quella di Rousseau concerne la differente valutazione del potere legislativo successivo a quello propriamente rivoluzionario (attuato, ad esempio, in Italia con la Costituzione repubblicana del 1948).

Nella Costituzione del 1948 si trova la tutela dei diritti fondamentali, e dunque la legislazione precedente e successiva ha dovuto essere adeguata a suddetti principi; e quando il legislatore non lo ha fatto spontaneamente si è dovuto ricorrere al giudizio della Corte Costituzionale. Tuttavia, Ferrajoli nota ancora un divario tra quanto previsto dalle norme della nostra Costituzione (del 1948) e le norme vigenti nello Stato italiano. Molte delle quali, già in passato, sono state dichiarate illegittime; ma Ferrajoli considera il lavoro di aggiustamento ancora incompiuto e sottolinea che il pericolo di nuove violazioni è sempre presente.

Inoltre, anche il giudice «per quanto si sforzi di essere obbiettivo è sempre condizionato dalle circostanze ambientali in cui opera, dai suoi sentimenti dalle sue inclinazioni, dalle sue emozioni, dai suoi valori etico-politici»<sup>120</sup>. E perciò considera semplicistica «l'immagine proposta da Beccaria del giudice come "indifferente ricercatore del vero"»<sup>121</sup>. Bisogna tuttavia riconoscere che questo «limite non è proprio solamente dell'indagine giudiziaria. In certa misura è riscontrabile in tutte le forme di conoscenza empirica»<sup>122</sup>. Infatti, le circostanze ambientali e personali influenzano l'agire del singolo «senza che egli sia neppure in grado di riconoscere le distorsioni eventualmente operate»<sup>123</sup>. E purtroppo tale idea vale anche nei confronti di chi propose di effettuare una sorta di "*tabula rasa*" come suggerita da Bacone<sup>124</sup>.

### 5.1. Le lacune e le antinomie.

Ovviamente, per il Ferrajoli «l'argomento più interessante assegnato dal paradigma costituzionale alla scienza giuridica» concerne il «divario tra dover essere ed essere *nel diritto*» al fine di «identificare le antinomie e le lacune – in altre parole il

<sup>120</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 30.

<sup>121</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 30 s.

<sup>122</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 31.

<sup>123</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 15.

<sup>124</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 35.

*diritto illegittimo* perché invalido o lacunoso ...- e di promuoverne il superamento come condizione di consistenza così del diritto positivo come dei discorsi su di esso»<sup>125</sup>. Tema sviluppato in *Principia iuris* (2007). «Esiste pertanto una circolarità normativa tra diritto e scienza giuridica, tra paradigma costituzionale e teoria del diritto, giuspositivismo e garantismo»<sup>126</sup>. «La teoria così costruita sarà quindi al tempo stesso normativistica e realistica, dato che tali fenomeni sarà in grado di spiegare»<sup>127</sup>.

Ferrajoli distingue, inoltre, tra “esistenza” (o “vigore”) e “validità” delle norme<sup>128</sup>; mentre da altri «queste due dimensioni vengono confuse nell'unica figura della “validità”, concepita genericamente come “esistenza”». Ad esempio, «Hans Kelsen ... chiama “validità” l'esistenza giuridica delle norme», «con lo strano risultato di» considerale «“valide fino a quando non vengano rese invalide”»<sup>129</sup>. Tutto ciò preclude «la comprensione e la critica di quel fenomeno centrale nel moderno stato di diritto che è il “diritto invalido” o “illegittimo”»<sup>130</sup>. Con molte e gravi ripercussioni, tra le quali «il misconoscimento delle antinomie e delle lacune interne all'ordinamento»<sup>131</sup>. Infatti «le antinomie e le lacune equivalgono ... allo spazio del *diritto illegittimo* aperto, nelle democrazie costituzionali, dalle promesse violate o inattuate contenute nelle costituzioni democratiche»<sup>132</sup>. Spazio che invece «non esiste nei regimi assoluti, nei quali il potere normativo non è condizionato da limiti né da vincoli»<sup>133</sup>.

## 5.2. Contro gli abusi dei giudici.

«La principale garanzia contro l'arbitrio è ... la consapevolezza che tutti i titolari di pubblici poteri dovrebbero avere del carattere ... convenzionale, delle loro fonti di legittimazione»<sup>134</sup>. «Per questo, ogni volta che un giudice o un pubblico amministratore commettono un abuso, essi minano la legittimità delle loro funzioni

<sup>125</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 15.

<sup>126</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 525 s., 580.

<sup>127</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 526, 580.

<sup>128</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 526.

<sup>129</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 526.

<sup>130</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 912.

<sup>131</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 912.

<sup>132</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 217.

<sup>133</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 217.

<sup>134</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 306.

di garanzia e con essa il fondamento stesso della loro indipendenza»<sup>135</sup>. La democrazia costituzionale, con paradosso apparente, «si caratterizza come quello specifico regime giuridico che non consente mai una piena autolegittimazione»<sup>136</sup>.

## **6. Sulla distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale. Garanzie primarie e Garanzie secondarie.**

Per studiare e comprendere gli elementi di base del diritto è d'uso scomporlo in tante discipline per quanti sono i cosiddetti rami del diritto. Ma la prima e fondamentale distinzione (che peraltro non sempre viene ricordata) è invece quella tra il diritto sostanziale e il diritto processuale: tra le materie che compongono il diritto sostanziale (diritto penale, diritto civile, commerciale, amministrativo, tributario, internazionale, del lavoro e della previdenza sociale e poche altre) e le discipline processuali che partono da un minimo di due (diritto processuale penale e civile) per allargarsi di poco come nel caso del processuale amministrativo, tributario, contabile, militare<sup>137</sup>. Questa distinzione di base è quella da cui parte anche Ferrajoli con una piccola modifica. Egli rinomina i due settori (diritto sostanziale e diritto processuale) in modo conforme alla sua teoria sul *garantismo*. Sicché si può stabilire una equiparazione tra i diritti sostanziali e quelle che Ferrajoli chiama le *garanzie primarie*; e tra i diritti processuali e le *garanzie secondarie*<sup>138</sup>.

## **7. Sulla fondazione e sulla importanza assunta da "Magistratura Democratica".**

"Magistratura Democratica" è figlia della contestazione studentesca del Sessantotto e delle culture che la produssero. Il marxismo era la cultura dominante nella sinistra; accanto ad essa era in corso di formazione un'altra dottrina che non contestava tutto il sistema (politico e giuridico) ma solo quello contrario alla nostra Costituzione democratica e repubblicana. Questo orientamento in formazione

---

<sup>135</sup> Cfr. R. FEDERICI, *Guerra o diritto?*, cit., p. 54, 58, 328 s., 344, 347; Id. *Sulla essenza del diritto amministrativo e del diritto processuale amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, vol. I, § 4; (ora anche in) [www.dirittofederici.altervista.org/?p=471](http://www.dirittofederici.altervista.org/?p=471)

<sup>136</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

<sup>137</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 46.

<sup>138</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 46 s. Corsivo nostro.

criticava aspramente la vigenza di tutte quelle norme legislative e regolamentari che dovevano essere considerate incostituzionali. E così nacque il «giuspositivismo critico» ovvero il «garantismo»: eretto «sull'opzione per la Costituzione quale fondamento normativo della Repubblica e rottura della continuità istituzionale con il fascismo»<sup>139</sup>. «*Se non avessimo imparato dal marxismo a vedere la storia dal punto di vista degli oppressi*», aveva scritto Bobbio qualche anno prima in uno dei suoi scritti più belli, «non ci saremmo salvati. O avremmo cercato riparo nell'isola della nostra interiorità privata o ci saremmo messi al servizio dei vecchi padroni». Anche noi, come magistrati<sup>140</sup>. «Fu così che *diritti costituzionali e scelta di campo a sostegno dei soggetti deboli vennero a saldarsi nella nostra concezione del ruolo del giudice, capovolgendone l'immagine tradizionale: non più solo la conservazione, ma anche la trasformazione in senso costituzionale dell'ordine esistente*»<sup>141</sup>. E la norma fondamentale del nostro ordinamento fu individuata nel secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione<sup>142</sup>: «*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*». In sostanza, fu l'esito di una visione giuridica «liberalsocialista, costituzionale e antifascista»<sup>143</sup>. «In materia penale, poi, la divaricazione tra Costituzione e codice Rocco era talmente vistosa che la critica al diritto vigente illegittimo si tradusse, nel lavoro di molti di noi, nell'enorme quantità di eccezioni di incostituzionalità con le quali investimmo la Corte costituzionale istituita da poco più che un decennio»<sup>144</sup>.

<sup>139</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 47. Corsivo nostro.

<sup>140</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 47.

<sup>141</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 49.

<sup>142</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 49.

<sup>143</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 22.

<sup>144</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 22.

## 8. Rifondazione della legalità. La metaregola. La soggezione del giudice alla legge costituzionalmente valida.

Il rimedio è la rifondazione della legalità<sup>145</sup>, sulla base anche di una metaregola<sup>146</sup>, secondo la quale la normatività «è tanto più forte e vincolante quanto più univoco e rigoroso è il linguaggio normativo»<sup>147</sup>.

La metaregola è la norma costituzionale che impone la garanzia dei diritti fondamentali. Insomma, il giuspositivismo persegue la tutela dei fondamenti interni (ossia, quelli formali), mentre la garanzia sostanziale si prefigge la tutela dei fondamenti esterni. Insieme, agiscono come una tenaglia. «La dimensione sostanziale della democrazia non è altro, infatti, che la sua dimensione garantista e costituzionale: consiste nelle garanzie dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, cioè in quegli insiemi di limiti e vincoli che disegnano quella che» Ferrajoli ha «chiamato la *sfera del non decidibile* ... e cioè la lesione dei diritti di libertà» e dei diritti sociali<sup>148</sup>. Sull'argomento tornerà nel paragrafo dedicato alla democrazia sostanziale. E come dall'azione di una tenaglia, la congiunzione tra fondamenti interni ed esterni è idonea a strappare tutte le sopraffazioni delle classi più forti su quelle più deboli.

Barberis (dopo aver ricordato che «la funzione originaria del Parlamento inglese era approvare il bilancio»<sup>149</sup>) domanda: *Il legislatore democratico, il Parlamento è davvero l'organo più adatto per fare le leggi?*<sup>150</sup>. Ferrajoli risponde: «lasciamo perdere, per ora, la selezione penosa della classe politica». «Con le regole attuali le riforme dei codici non andranno mai in porto... Fanno una montagna di lavoro, poi ... il lavoro fatto viene perso e si deve ricominciare da capo»<sup>151</sup>. Tuttavia «la soggezione del giudice è sì alla legge, ma alla legge in quanto costituzionalmente valida»<sup>152</sup>. Dunque «l'unico modo che ha il legislatore per sottoporre il giudice alla propria volontà e di ridurre al massimo la discrezionalità è far bene ... il proprio mestiere»<sup>153</sup>. Infatti la «soggezione

<sup>145</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 22.

<sup>146</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 127.

<sup>147</sup> M. BARBERIS, in *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 23.

<sup>148</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 23.

<sup>149</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 24.

<sup>150</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 54.

<sup>151</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 54.

<sup>152</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 54.

<sup>153</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 63. Per approfondimenti, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 744 ss.

alla legge non è meccanica, ma comporta comunque una discrezionalità interpretativa»<sup>154</sup>.

## **9. Diritti di libertà e diritti sociali. Stato liberale minimo e Stato sociale massimo. Le vere misure per prevenire la criminalità (grande e piccola).**

I diritti di libertà (come la libertà di pensiero, di parola, di stampa, di associazione) costituiscono il precedente storico dei diritti sociali (quali il diritto all'istruzione, alla salute, alla sussistenza)<sup>155</sup>. «L'espansione del paradigma garantista dai classici diritti di libertà ai diritti sociali è un tratto distintivo del costituzionalismo novecentesco europeo»<sup>156</sup>. Sono molto differenti, però, le forme di garanzia dei diritti di libertà dalle modalità di garanzia dei diritti sociali.

a) I diritti di libertà vengono garantiti attraverso limiti e vincoli imposti al potere;

b) Mentre i diritti sociali hanno bisogno per la loro tutela di un intervento attivo del potere (dello Stato), come, ad esempio, l'obbligo di fornire questi servizi: istruzione pubblica, sanità pubblica, sussistenza pubblica.

I diritti di libertà impongono dunque allo Stato un passo indietro, cioè divieti di intervento nella sfera delle libertà, a garanzia dell'autodeterminazione individuale. I diritti sociali richiedono invece allo Stato un passo avanti, cioè obblighi di intervento nella vita dei cittadini per garantire loro le corrispondenti prestazioni sociali. Per questo, Ferrajoli parla «di *Stato liberale minimo* e di *Stato sociale massimo*»<sup>157</sup>. «Insomma, ai diritti di libertà corrispondono divieti in capo allo Stato: nessuna maggioranza, per quanto schiacciante, può decidere che una persona sia messa a morte, o privata senza processo della libertà personale, o che siano limitate le altre libertà fondamentali. Ai diritti sociali corrispondono invece, in capo alla sfera pubblica, obblighi di prestazione, come la scuola, la sanità e la previdenza: nessuna maggioranza sia essa di destra o di sinistra, può decidere di non fornire a taluno le cure sanitarie e l'istruzione elementare»<sup>158</sup>. «È in questa ambivalenza che risiede il segreto del

<sup>154</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 63.

<sup>155</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 64. Per altri riferimenti, ad esempio, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 20.

<sup>156</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 64.

<sup>157</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 64.

<sup>158</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65.

modello garantista del costituzionalismo»<sup>159</sup>. In particolare, nelle Costituzioni rigide<sup>160</sup>. Ad esempio, in ambito penale, «le garanzie dei diritti sociali» sono «le vere misure in grado di prevenire grande e piccola criminalità» (ben più che la minaccia delle pene)<sup>161</sup>. «Povertà e mancanza di garanzie di sopravvivenza, al contrario, sono fattori criminogeni che spingono le persone emarginate nelle braccia della criminalità»<sup>162</sup>. Di quella criminalità organizzata che noi conosciamo con il nome di mafia e di camorra<sup>163</sup>.

Invero siamo di fronte ad «una politica che si illude e che illude i cittadini». «La prevenzione dei delitti dei poveri» non può avvenire con misure penali. Ci vuole ben altro. Ci vuole l'eliminazione delle cause della povertà con misure economiche e sociali<sup>164</sup>. Onde eliminare anche la «manovalanza criminale, reclutata e sfruttata dalle grandi organizzazioni criminali e da esse esposta alla repressione penale»<sup>165</sup>.

«I diritti sociali certamente costano, ma costa molto di più la loro mancata soddisfazione». Si pensi a quando «le persone muoiono di fame, di inedia e di malattie, come succede a milioni di persone nell'Africa subsahariana» per «mancanza di istruzione e di minimi vitali»<sup>166</sup>. «Le spese nella garanzia dei diritti sociali rappresentano il principale investimento produttivo: non già un costo»<sup>167</sup>. Esiste un rapporto di sinergia tra «i diritti politici» che «presuppongono i diritti di libertà, dalla libertà di stampa alle libertà di riunione e di associazione e questi e quelli», che «presuppongono a loro volta i diritti sociali all'istruzione, alla salute e alla sussistenza»<sup>168</sup>.

Ad una diminuzione dei reati più efferati, come gli omicidi, corrisponde stranamente un maggior senso di insicurezza sollecitata «da quella fabbrica della paura che è diventata la televisione»<sup>169</sup>. Invero lo strumento paura è sempre stato una «risorsa del potere» autoritario come garante dell'ordine e della sicurezza<sup>170</sup>. È uno

<sup>159</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65.

<sup>160</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 65.

<sup>161</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 66.

<sup>162</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 35 s.

<sup>163</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 36.

<sup>164</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 75.

<sup>165</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 76.

<sup>166</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 76.

<sup>167</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 32.

<sup>168</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 33.

<sup>169</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 33.

<sup>170</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 35.

strumento della demagogia penale e della demagogia politica<sup>171</sup>. Tanto per fare un esempio, il diritto penale in vigore in Italia è «diventato il luogo della massima disuguaglianza, a causa di una sorta di doppio binario: diritto minimo e inefficiente per i ricchi e potenti; diritto massimo e inflessibile per i poveri e gli emarginati»<sup>172</sup>. «È questo lo *spread* più grave dell'Italia rispetto agli altri paesi avanzati: l'enorme peso della corruzione, dell'evasione fiscale, del riciclaggio e del crimine organizzato»<sup>173</sup>.

## **10. Sulla distinzione tra diritti patrimoniali e diritti fondamentali.**

Ferrajoli elabora una distinzione tra diritti patrimoniali e diritti fondamentali nel senso che: «i diritti patrimoniali sono singolari e disponibili, e formano perciò la base della disuguaglianza giuridica; mentre i diritti fondamentali sono universali e indisponibili, e formano la base dell'uguaglianza giuridica»<sup>174</sup>.

«I diritti fondamentali ... non a caso ignorati da Kelsen, consistono in situazioni universali stipulate direttamente da norme generali in capo a tutti, e non implicano affatto l'esistenza delle loro garanzie, ma solo l'obbligo di introdurle»<sup>175</sup>. Torneremo sul punto, nella parte finale, soprattutto per comprendere meglio il significato attribuito dal Ferrajoli al termine “stipulare”: in che senso può dirsi che sia avvenuta una stipulazione nei casi sopra indicati? Sono diritti fondamentali i “diritti di libertà e di autonomia privata” (e cioè anche i diritti di divenire proprietari e di disporre dei propri beni)<sup>176</sup>. Questiperciò sono «spettanti a tutti e in egual misura, essendo immediatamente conferiti da norme generali ed astratte»<sup>177</sup>. I diritti patrimoniali sono, invece, i “diritti reali di proprietà su beni determinati” ed anche i “diritti di credito”.

Le garanzie dei diritti patrimoniali sono fornite dai soggetti diversi dai titolari dei suddetti diritti: nel caso del diritto di proprietà, le garanzie sono fornite dai terzi (o dal comportamento rispettoso dei terzi); mentre nei diritti di credito, i garanti sono

---

<sup>171</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 35.

<sup>172</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 68.

<sup>173</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 70.

<sup>174</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 68.

<sup>175</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 68.

<sup>176</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 70.

<sup>177</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 71.

gli stessi debitori (cioè, coloro che sono la controparte del contratto che ha creato il credito e il corrispettivo debito)<sup>178</sup>.

### 10.1. Le lacune strutturali. Le antinomie.

«Secondo l'approccio garantista» promosso da Ferrajoli «la mancanza di garanzie deve essere intesa come una *lacuna* strutturale, cioè come un vizio generato da una violazione per omissione che è compito dell'ordinamento correggere e della scienza giuridica rilevare»<sup>179</sup>. E il legislatore ha il dovere di colmare queste lacune per attuare i principi costituzionali<sup>180</sup>. Altrimenti ci si troverebbe di fronte «alla possibile esistenza del *diritto illegittimo*: che poi è il maggior difetto, ma anche il maggior pregio, del paradigma costituzionale»<sup>181</sup>. «Le lacune sono un vizio strutturale assai più grave delle antinomie: mentre le antinomie possono essere soppresse dall'annullamento o dalla disapplicazione giurisdizionale della legge invalida, le lacune non possono essere rimate da parte della giurisdizione, che per la separazione dei poteri non può sostituirsi alle leggi mancanti»<sup>182</sup>.

In altre parole, le garanzie dei diritti sociali sono attribuite interamente al legislatore e le sue lacune difficilmente possono essere colmate dalle sentenze dei giudici<sup>183</sup>. Tuttavia «la pratica giudiziaria e anche l'innovazione costituzionale hanno escogitato svariate tecniche di superamento di questa aporia»<sup>184</sup>. Ne sono esempi le sentenze “additive” o “aggiuntive” o “integrative” o “manipolative” della Corte costituzionale<sup>185</sup>. Con le quali la Corte ha talora dichiarato costituzionalmente illegittima una data norma “nella parte in cui non prevede” (in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza) che siano a essa soggette situazioni analoghe (o persone della medesima classe). Tali sentenze hanno prodotto l'effetto di estendere la disciplina ai casi indebitamente esclusi dal legislatore ordinario<sup>186</sup>.

<sup>178</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 71.

<sup>179</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 71.

<sup>180</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

<sup>181</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

<sup>182</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

<sup>183</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

<sup>184</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 72.

<sup>185</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 79.

<sup>186</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 90.

## 10.2. Sulla distinzione tra norme costituzionali e direttive costituzionali.

Le direttive costituzionali (come la direttiva alla piena occupazione, desumibile dagli articoli 1 e 4 della nostra Costituzione) sono formulazioni di valori o di obiettivi per le politiche pubbliche e non già delle prescrizioni o delle proibizioni di condotte determinate<sup>187</sup>.

«I principi regolativi ed in particolare i diritti fondamentali, hanno una felice ambivalenza: ... di fronte alle loro violazioni si comportano» (e sono applicabili) come regole, mentre «nell'interpretazione di qualunque legge e della stessa Costituzione si comportano come argomenti»<sup>188</sup>. È così tanto per il diritto alla vita quanto per gli altri diritti fondamentali che sono, ad esempio, «i principi retrostanti alle regole che vietano l'omicidio e il furto»<sup>189</sup>.

## 11. Sull'origine dei diritti sociali. In particolare, il diritto alla salute.

L'origine dei diritti sociali è piuttosto recente, soprattutto con riguardo al diritto alla salute. «Non dimentichiamo che fino all'Ottocento la medicina praticamente non esisteva»<sup>190</sup>. E la sanità «è decollata alla fine dell'Ottocento. Fino ad un secolo fa, «la vita umana era incomparabilmente più breve, le malattie sostanzialmente incurabili, le condizioni igieniche delle abitazioni pessime, l'alimentazione di base inadeguata. Oggi è diventato possibile, nel bene e nel male, ciò che in passato era impossibile»<sup>191</sup>. Solo da poco tempo, dunque, sono nati i diritti sociali «come clausole del patto costituzionale di convivenza non meno essenziali dei diritti di libertà»<sup>192</sup>. E la garanzia dei diritti sociali (così come dei diritti di libertà) «è quindi, prima di tutto, un obbligo costituzionale fine a se stesso» dello Stato. Ciò perché «lo Stato non è una società a fini di lucro. La sua ragione sociale risiede nella garanzia dei diritti stipulati

<sup>187</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 90.

<sup>188</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 74.

<sup>189</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 74.

<sup>190</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 74.

<sup>191</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 75. Per ulteriori chiarimenti, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 107.

<sup>192</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 77.

nella sua Costituzione, esattamente come le finalità di lucro definiscono la ragione sociale di una società commerciale»<sup>193</sup>.

«Per i liberisti, solo il mercato produce ricchezza: lo Stato non dovrebbe avere altra funzione che assicurare l'ordine interno ed esterno»<sup>194</sup>. «Per il costituzionalismo garantista, invece, il problema non è ... *se* garantire i diritti sociali, ma *come* garantirli meglio»<sup>195</sup>. «Grazie alla rigidità delle costituzioni che le stabiliscono nel continente europeo, le garanzie di tali diritti – il servizio sanitario nazionale, la scuola pubblica, le pensioni – non sono più lussi, o scelte di sinistra, o politiche socialiste. Sono obblighi costituzionali»<sup>196</sup>.

## 12. Sul possibile contrasto fra diritti di libertà e diritti sociali. Il caso Ilva di Taranto.

Ad avviso di Ferrajoli, il fatto nefasto dell'impianto siderurgico (Ilva) di Taranto «non è molto diverso dagli innumerevoli illeciti per violazione da parte di un'impresa delle norme antinfortunistiche o contro l'inquinamento»<sup>197</sup>. È «un caso esemplare non tanto di conflitto tra diritti, quanto piuttosto di concorso di funzioni diverse, l'una di *governo*, di competenza della politica, l'altra di *garanzia* di competenza della giurisdizione. Alla politica spetta la tutela dell'occupazione»<sup>198</sup>. E il bilanciamento degli interessi opposti<sup>199</sup>. «Alla giurisdizione spetta invece la garanzia dei diritti lesi e precisamente della salute»<sup>200</sup>. «Sono i due sensi, l'uno come principio direttivo e l'altro come principio regolativo»<sup>201</sup>.

«Prima che esplodesse lo scandalo, la politica e l'amministrazione – con i loro strumenti di ispezione, come la polizia, gli ispettori del lavoro, le autorità a tutela dell'ambiente – avrebbero dovuto imporre alla proprietà la riparazione e la sostituzione degli impianti e, in generale, tutte le misure necessarie»<sup>202</sup>. «Non essendoci stata attività di controllo e di prevenzione da parte delle autorità

<sup>193</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 78.

<sup>194</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 78.

<sup>195</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 86.

<sup>196</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 83.

<sup>197</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 86.

<sup>198</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 83.

<sup>199</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 83.

<sup>200</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 84.

<sup>201</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 84.

<sup>202</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 87.

amministrative, l'intervento del giudice è risultato obbligato. Proprio la prospettiva di tale intervento avrebbe dovuto rappresentare, in via preventiva, una ragione in più per imporre con urgenza le misure necessarie»<sup>203</sup>.

È così spiegato il motivo per il quale Ferrajoli si differenzia dalle posizioni teoriche dei neo-costituzionalisti e giusrealisti. I quali parlano di conflitti di interessi. In ogni caso, se di conflitto di interessi contrapposti si dovesse trattare veramente, Ferrajoli rileva che lo sarebbero «in misura incomparabilmente inferiore a quanto si compiacciono di drammatizzare neocostituzionalisti e giusrealisti»<sup>204</sup>.

### **13. Sul legame tra politica e diritto. La democrazia. La stipulazione dei diritti fondamentali. Le leggi del più debole (critica).**

Il diritto è un prodotto della politica<sup>205</sup> e come tale può essere: tanto «sommamente ingiusto» (ed essere al servizio della forza, sia essa fisica o economica o politica); quanto sommamente giusto (ossia «svolgere un ruolo esattamente opposto»<sup>206</sup> a quello del “sommamente ingiusto”).

«La funzione svolta dal diritto dipende anche dalla cultura giuridica e politica, che teorizza e progetta le sue forme e i suoi contenuti»<sup>207</sup>.

«La costruzione giuridica della democrazia suppone una specifica potenza della politica, della quale il diritto moderno è un prodotto»<sup>208</sup>. «Il progetto giuridico democratico dipende quindi, per la sua attuazione, dalla riabilitazione politica dei partiti»<sup>209</sup>. Le moderne costituzioni «hanno sottoposto la politica» ai diritti fondamentali, «stipulando con i diritti fondamentali ciò che nessuna maggioranza può decidere e ciò che qualunque maggioranza deve decidere»<sup>210</sup>. «Grazie alle costituzioni, insomma, la politica si subordina al diritto, che tuttavia continua ad essere un suo prodotto»<sup>211</sup>.

<sup>203</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

<sup>204</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

<sup>205</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

<sup>206</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 122.

<sup>207</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 122.

<sup>208</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 122.

<sup>209</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 123.

<sup>210</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

<sup>211</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

Si è già ricordato che dell'ortodossia marxista Ferrajoli ha sempre trovato inaccettabile «la radicale svalutazione del ruolo del diritto come possibile sistema di limiti e di vincoli e controlli nei confronti dei poteri pubblici e privati»<sup>212</sup>.

Ed è stato anche ricordato in precedenza che per il Ferrajoli, «quella vulgata ... deve essere non solo respinta, ma ribaltata: il diritto positivo è una costruzione integralmente artificiale, e può ben essere costruito, anziché come legge del più forte, riflesso o sovrastruttura della struttura capitalistica, come *legge del più debole*, come è avvenuto con le odierne costituzioni rigide»<sup>213</sup>. «Sono in effetti leggi del più debole ... tutti i diritti fondamentali, costituzionalmente stabiliti»<sup>214</sup>. Ecco è questa una pia illusione.

Tuttavia, le sovrastrutture (ossia, la propaganda di ogni classe sociale o partito politico portatore di queste ideologie) possono contrabbandare tale capovolgimento della realtà politica, sociale, economica. Farsi passare per tutori dei più deboli è sempre stato l'inganno più diffuso sui quali si sono fondati illustri capipopolo e monarchi. Questa operazione mediatica aiuta la collaborazione spontanea dei cittadini (credere di operare per il bene e per il giusto, rende più malleabili anche gli spiriti più riottosi). È sempre stato importante creare o almeno influenzare la cultura dominante per ottenere la collaborazione degli operatori del diritto: professori, magistrati, avvocati, oltretutto, ovviamente dei singoli individui.

Invero la Storia ci conferma che: i più deboli avrebbero affermato il proprio ordinamento giuridico unicamente quando sarebbero diventati i più forti. Detto capovolgimento delle sorti e del diritto è l'effetto tipico di tutte le rivoluzioni vincenti. Il precedente diritto sarebbe stato abrogato e sostituito con quello stabilito dai nuovi poteri. La Storia lo insegna ampiamente, basta ricordare quanto avvenuto in Francia con l'avvento al potere del Terzo Stato, in Russia nel 1917, in Cina con la nascita della Repubblica popolare nel 1949. Il cristianesimo, da religione degli schiavi e dei deboli, perseguitata dagli imperatori dei primi secoli, è stato poi accolto dalle classi militari al potere e trasformato come principio guida del nuovo diritto romano, dopo Costantino. E ha imposto le sue regole negli ultimi secoli dell'Impero Romano d'Occidente e in quello d'Oriente per oltre un millennio. Per poi influenzare i re d'Occidente, ma non i conquistatori musulmani dell'Impero Romano d'Oriente. In

<sup>212</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 45.

<sup>213</sup> Per fornire qualche aiuto possiamo rinviare alla bibliografia contenuta in altri miei scritti, come le due monografie, già ampiamente citate: *Guerra o diritto?*; e *Rivolte e rivoluzioni*.

<sup>214</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 59.

tutto questo periodo storico, le religioni aiutavano il potere politico militare e viceversa. L'altare (cristiano e non cristiano) e la spada hanno governato il mondo in alleanza. Poi sono iniziati gli scontri tra i due ambiti, come quando si disputò tra chiesa e impero sulle investiture (sulla nomina dei vescovi). Non è possibile aggiungere altro, per non sconfinare eccessivamente<sup>215</sup>.

### **13.1. La parte debole nel processo.**

Altra questione è quella relativa al garantismo processuale dell'imputato; ossia di chi nel processo è parte debole. Questa è una notevole conquista della civiltà giuridica: rappresenta un aiuto umanitario per l'imputato, perché nella fase processuale, l'imputato è da ritenere parte più debole nei confronti dell'accusa. Infatti come osserva Ferrajoli, le garanzie sono doveri e sanzioni<sup>216</sup>. E «l'opposto del garantismo è il dispotismo giudiziario»<sup>217</sup>.

### **13.2. Sull'antipolitica e il discredito dei partiti politici.**

Per il Ferrajoli «il discredito dei partiti, lo sviluppo dell'antipolitica, del populismo e del qualunquismo» sono «dovuti a due fattori»: il primo, la «percezione, purtroppo fondata, di un ruolo sostanzialmente parassitario della politica rispetto all'economia»<sup>218</sup>. «Politica e diritto si sono assoggettati ai mercati»<sup>219</sup>; ed anche al «malaffare nella gestione della cosa pubblica».

«Si calcola che nel nostro paese siano da 500 mila a un milione le persone che letteralmente vivono di politica. La maggior parte di costoro, come direbbe Weber, non vive *per* la politica, ma solo *di* politica»<sup>220</sup>.

---

<sup>215</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14. «È con riferimento al dispotismo punitivo che il giusnaturalismo illuminista sviluppò le sue battaglie contro l'intolleranza politica e religiosa e contro l'arbitrio repressivo dell'*ancien régime*» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. XVIII).

<sup>216</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 134.

<sup>217</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 134.

<sup>218</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 134 s.

<sup>219</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 136.

<sup>220</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 57 s.

Oggi «le elezioni si sono trasformate in concorsi di bellezza, nei quali prevalgono i candidati più simpatici, più inclini alla demagogia e all'istrionismo, con la battuta pronta e magari più aggressiva e volgare»<sup>221</sup>.

#### **14. Sulle differenze tra il giuspositivismo di Kelsen e quello di Ferrajoli. Sul rapporto tra giustizia e diritto.**

La “dottrina pura del diritto” quale elaborata da Kelsen, è un metodo di analisi per rendere visibile la separazione di quanto esiste di giuridico in un sistema culturale. Per Kelsen, non è compito della “dottrina pura del diritto” determinare il contenuto della norma. La *questione giustizia* non concerne il diritto, ma la morale e la politica. Anzi, sempre per Kelsen, è addirittura impossibile determinare il concetto di giustizia<sup>222</sup>. Il congegno messo a punto dal Kelsen risponde alla domanda *che cosa e come è il diritto?* E non all'altra: *come deve essere?*<sup>223</sup>. Ed anche per questo motivo, l'idea dell'esistenza di un diritto illegittimo è assai lontana dalle posizioni dell'autore della dottrina pura del diritto<sup>224</sup>.

Per Kelsen, la norma non contiene un comando ma un obbligo. L'obbligo di conformarsi al diritto: spontaneamente o coercitivamente. Infatti, la coazione è un elemento essenziale nella dottrina pura del diritto di Kelsen. Tanto che «l'uso della forza, in genere proibito in quanto delitto, è eccezionalmente permesso come ... sanzione»<sup>225</sup>. «Se uno ruba, deve essere punito; se uno non risarcisce un danno, devono aver luogo contro di lui gli atti esecutivi»<sup>226</sup>. La norma giuridica è quella che volente o nolente si è costretti a rispettare. Se una norma può essere elusa, non è una vera norma giuridica.

Ferrajoli condivide l'opinione di Kelsen secondo cui il diritto non implica il concetto di giustizia; fa però un passo inatteso. Come già ricordato, Ferrajoli rovescia il discorso ed afferma: *è la giustizia che comprende il diritto: senza diritto non c'è*

<sup>221</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 47.

<sup>222</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit. vol. I, p. 526, 580.

<sup>223</sup> H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto* (1944), ed italiana a cura di L. CIAURRO, Giappichelli, Torino, 1990, p.41.

<sup>224</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 192.

<sup>225</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

<sup>226</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 119.

giustizia<sup>227</sup>. *La giustizia ha bisogno del diritto*. Infatti, Ferrajoli è dell'idea che *soltanto il diritto positivo possa garantire l'effettività dei principi di giustizia affermati dal diritto naturale (o giusnaturalismo) con le «tecniche di invalidazione e riparazione»* contro le lacune e le anomalie del diritto illegittimo<sup>228</sup>.

L'elaborazione di Ferrajoli, dunque, si distingue nettamente da quella concepita da Kelsen. Non vuol essere un parametro razionale per la misurazione dei diritti positivi (uno strumento di analisi e controllo dei diritti positivi in rapporto con quelli che sono o dovrebbero essere i criteri razionali); ma pretende di essere il metodo di sostituzione del "*diritto illegittimo*" con il diritto legittimo.

Tutto il discorso di Ferrajoli ruota intorno alle garanzie. «La mancanza di ... doveri e delle relative sanzioni, cioè delle garanzie è ... concepita come una lacuna», «giuridicamente indebita ... che la scienza giuridica deve segnalare e il legislatore deve colmare»<sup>229</sup>. «I principi della coerenza e della completezza ... impongono al diritto positivo, quali *principia iuris tantum*, la logica», ossia «la rimozione delle ... antinomie e il superamento delle ... lacune»<sup>230</sup>. Ferrajoli, per sua stessa ammissione, ha passato una vita nel tentativo di costruire un sistema di concetti giuridici e una rete complessa delle loro relazioni sintattiche confluite (nel 2007) nei *Principia iuris*<sup>231</sup>. Studio composto da una serie di assunzioni prescrittive, frutto di «definizioni stipulative»<sup>232</sup>. In totale si tratta di 16 postulati, 274 definizioni, da cui derivano 1.700 teoremi<sup>233</sup>.

## 15. Sul rapporto fra Democrazia, Diritto e Giustizia.

«Il diritto positivo non implica affatto la democrazia, ben potendo accadere, a causa della separazione giuspositivista tra diritto e giustizia ... che esso sia sommamente ingiusto e antidemocratico»<sup>234</sup>. Non occorre ripetere le posizioni della dottrina della filosofia del diritto nel dopo Auschwitz. In ogni caso, per Ferrajoli

<sup>227</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 59.

<sup>228</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 59 s.

<sup>229</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 58.

<sup>230</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 58.

<sup>231</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 58.

<sup>232</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 13 (nello stesso senso il § 4 dell'Introduzione e il § 15.2).

<sup>233</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

<sup>234</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

esiste «un nesso forte tra democrazia e diritto»<sup>235</sup>. Così argomenta: «come ci ha insegnato Bobbio, il diritto non implica la giustizia, né tanto meno la democrazia. Inversamente, però, la giustizia, o quanto meno quel sistema di principi e valori che chiamiamo democrazia, implicano il diritto»<sup>236</sup>. «La democrazia è infatti un insieme di regole – quelle che Bobbio chiama regole del gioco – che sono appunto regole giuridiche»<sup>237</sup>.

Inoltre, ad avviso di Ferrajoli «il nesso fra democrazia e diritto» concerne la «piena corrispondenza tra le strutture degli ordinamenti giuridici e quelle dei corrispondenti sistemi politici ... in particolare, tra le condizioni di validità delle norme giuridiche e quelle di legittimità del potere politico»<sup>238</sup>.

In altre parole, si richiede cioè l'assoluta compatibilità delle altre norme con quelle costituzionali, tra l'essere legislativo del diritto e il suo *dover essere* costituzionale. Sicché le norme *vigenti* ma sostanzialmente contrarie a Costituzione danno luogo al *diritto illegittimo*, quello cioè destinato ad essere dichiarato incostituzionale<sup>239</sup>.

## **16. Sulla democrazia sostanziale e sulle false democrazie.**

La denominazione di “democrazia sostanziale” era stata creata per definire le cosiddette democrazie popolari dei paesi comunisti. Detta accezione di democrazia era stata criticata tanto da Kelsen quanto da Bobbio come false forme di democrazia. Per essi infatti la democrazia è solo quella formale e procedurale. Ferrajoli però ha pensato «di dover riabilitare questo vecchio» nome (seppur squalificato dai suoi usi ideologici), «per designare la grande innovazione introdotta dal costituzionalismo e trascurata da tutte le teorie solamente procedurali della democrazia, a cominciare da quelle di Kelsen e di Bobbio»<sup>240</sup>. «La dimensione sostanziale della democrazia non è altro, infatti, che la sua dimensione garantista e costituzionale: consiste nelle garanzie dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, cioè in quegli insiemi di limiti e vincoli che disegnano quella che» Ferrajoli ha «chiamato la *sfera del non decidibile* ... e

---

<sup>235</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

<sup>236</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

<sup>237</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 125.

<sup>238</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 126.

<sup>239</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 127.

<sup>240</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 127.

cioè la lesione dei diritti di libertà»<sup>241</sup> e dei diritti sociali. Per Ferrajoli, infatti, «accanto ... alle norme formali, le costituzioni rigide hanno introdotto, con i diritti fondamentali e gli altri principi di giustizia una dimensione sostanziale della validità delle norme e, di riflesso, della democrazia»<sup>242</sup>.

Insomma, tra democrazia e diritto egli individua una corrispondenza biunivoca<sup>243</sup>.

«Le norme di riconoscimento della democrazia altro non sono che le quattro classi di diritti nelle quali possono distinguersi tutti i diritti fondamentali: i diritti politici, i diritti civili, i diritti di libertà e i diritti sociali, sui quali si fondano altrettante dimensioni della democrazia: la democrazia politica, la democrazia civile, la democrazia liberale (liberaldemocrazia) e la democrazia sociale (o socialdemocrazia)»<sup>244</sup>. Correlativamente Ferrajoli parla «di un modello quadridimensionale – politico, civile, liberale e sociale – anche del costituzionalismo e del garantismo»<sup>245</sup>. Il “costituzionalismo” (Ferrajoli lo ribadisce più volte) «equivale a un insieme di vincoli alla democrazia politica, cioè all'onnipotenza delle maggioranze»<sup>246</sup>. Il «suo modello garantista, tuttavia, rappresenta anche, in ultima analisi, una garanzia»<sup>247</sup>. Infatti, «il potere politico delle maggioranze può distruggere la democrazia. Non è un'ipotesi di scuola: è quanto avvenuto in Italia e in Germania con il fascismo e il nazismo, che presero il potere con mezzi legali e democratici e con gli stessi mezzi distrussero non solo i diritti di libertà ma anche la democrazia politica»<sup>248</sup>.

## 17. Il Costituzionalismo inglese.

«Il costituzionalismo inglese ... ha inventato le libertà fondamentali, la separazione dei poteri e perfino il *welfare*. Tuttavia, proprio per la forza di questa sua tradizione liberale, che lo ha reso immune da avventure di tipo fascista, il sistema di

<sup>241</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 127.

<sup>242</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 127 s.

<sup>243</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 128. Per ulteriori conferme, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 934 ss.; e vol. II, p. 18 ss.

<sup>244</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 128.

<sup>245</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 128.

<sup>246</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 128. Per approfondimenti, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 106 ss.

<sup>247</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 66.

<sup>248</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 66.

*rule of law* ha potuto permettersi di rimanere in gran parte ancorato al vecchio modello giurisdizionale del diritto premoderno, al punto da non aver conosciuto non solo una formale Costituzione scritta, ma neppure le codificazioni»<sup>249</sup>. E così oggi si può dire che il costituzionalismo inglese soffra di un «ritardo causato dall'anticipazione»<sup>250</sup>.

Ancora diverso è il costituzionalismo statunitense dove esiste invece «il *judicialreview*: ogni giudice ordinario può disapplicare la legge incostituzionale che però resta formalmente in vigore»<sup>251</sup>.

### **18. L'importanza della motivazione nelle sentenze. Come ridurre l'arbitrio giudiziario? E come aspirare alla certezza del diritto? Il giudice come "bocca della legge". Sul confronto tra il giuspositivismo e il realismo giuridico.**

«Dobbiamo essere consapevoli che di ogni questione giuridica sono di solito possibili due soluzioni opposte – quella dell'attore e del convenuto, quella dell'accusa e della difesa, quella del privato e quella della pubblica amministrazione – e che il giudice adotta la soluzione che è in grado di argomentare come la più plausibile»<sup>252</sup>. È per questo preciso motivo che la motivazione «ha un ruolo decisivo nel fondare la legittimità anche esterna, politica, delle sentenze»<sup>253</sup>.

Per il Parlamento (e dunque per la politica) esiste un solo modo: dare il buon esempio nel proprio mestiere di legislatore col «produrre leggi sufficientemente precise e univoche da vincolare effettivamente i giudici alla loro applicazione». E con ciò rifondare «radicalmente la legalità soprattutto penale»<sup>254</sup>. «Il linguaggio delle leggi è diventato a tal punto oscuro, tortuoso, zeppo di rimandi ... che comprenderne il significato è spesso un'impresa ardua perfino per un giurista »<sup>255</sup>. «Si aggiunga la degradazione di gran parte della legislazione ad amministrazione, causata dalla proliferazione delle leggi-provvedimento»<sup>256</sup>. «Altro che la vecchia questione di

<sup>249</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 54.

<sup>250</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 56.

<sup>251</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 56.

<sup>252</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19.

<sup>253</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19.

<sup>254</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 21.

<sup>255</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 21.

<sup>256</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 21 s.

scuola dei “termini vaghi e valutativi”: il nostro legislatore non parla più, sproloquia»<sup>257</sup>. «Ne consegue un'inevitabile e patologica espansione della discrezionalità giudiziaria: davanti a testi così confusi e talora contraddittori, qualunque interpretazione, anche la più cervellotica, diventa possibile»<sup>258</sup>.

Questa disfunzione del linguaggio giuridico provoca la crisi della certezza del diritto e pone «una pesante ipoteca sulle nostre libertà»<sup>259</sup>. «La prima garanzia contro l'arbitrio punitivo ... è ... il principio della riserva assoluta di legge: i reati e le pene devono essere tassativamente fissati dalla legge»<sup>260</sup>. Non dimentichiamo: la classica tesi di Montesquieu secondo cui il giudice deve essere la “bocca della legge”, «fu una formulazione rivoluzionaria»<sup>261</sup>. Fu costruita «dall'illuminismo penale contro il feroce e arbitrario dispotismo dei giudici d'*ancien régime*»<sup>262</sup>. E poi basta con le leggi speciali: «tutto il diritto penale nei codici, nulla fuori dai codici»<sup>263</sup>.

«Il potere giudiziario è sempre un potere-sapere, tanto più legittimo quanto è minore il potere e quanto maggiore è il sapere grazie alle garanzie penali e processuali – prima fra tutte la stretta legalità – che fanno della giurisdizione un'attività sia pure solo tendenzialmente cognitiva»<sup>264</sup>. Ma quello giudiziario è anche «un potere terribile e odioso», che «diventa assolutamente intollerabile quando è svincolato dalla legge»<sup>265</sup>.

Tuttavia, nella realtà di tutti i giorni, accade che «i giudici creino diritto»<sup>266</sup>. «In qualche misura quel fatto non può non accadere»<sup>267</sup>. Infatti «la legittimità del potere giudiziario ... è sempre imperfetta» così come peraltro per tutti gli altri poteri pubblici rispetto alle loro fonti di legittimazione<sup>268</sup>.

Ferrajoli osserva: «molti nostri colleghi neocostituzionalisti o giusrealisti non si accontenterebbero di questo riconoscimento ... avendo un'idea ben diversa della

<sup>257</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19.

<sup>258</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19.

<sup>259</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19.

<sup>260</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 19. «Il pensiero illuminista rappresenta sicuramente il momento più alto della storia» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. XVII) «Tuttavia lo schema garantista da esso tramandato, basato sul sillogismo perfetto e del giudice come bocca della legge, ha un'intrinseca debolezza politica» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. XVII).

<sup>261</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 20.

<sup>262</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 42.

<sup>263</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 42 s.

<sup>264</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 43.

<sup>265</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 43.

<sup>266</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 43.

<sup>267</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 90.

<sup>268</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 91.

ponderazione, da essi concepita ... come scelta del principio da applicare a scapito di un altro»<sup>269</sup>. E conclude: il bilanciamento dei valori se va bene nell'attività legislativa o amministrativa è da escludere per l'attività giurisdizionale<sup>270</sup>. Diversamente da quanto avviene nelle «cultura del *common law*, dove la giurisprudenza è fonte di diritto»<sup>271</sup>.

Osserva Barberis: «mi pare che ... la differenza fra il tuo garantismo e la posizione dei giusrealisti genovesi, come il Guastini e il sottoscritto, diventi puramente teorica»<sup>272</sup>.

Risponde Ferrajoli: «ma anche questo nostro dissenso teorico ha enormi implicazioni pratiche»<sup>273</sup>. «Supponiamo che a garanzia del nostro diritto costituzionale alla salute non fosse stato introdotto il servizio sanitario nazionale. Questa sarebbe stata un'omissione, una violazione costituzionale, un servizio al quale, per la separazione dei poteri, sarebbe impossibile rimediare giudizialmente»<sup>274</sup>. «La separazione dei poteri è un postulato del garantismo. Ma proprio per questo la lacuna va non solo denunciata dalla dottrina giuridica e dal dibattito pubblico, ma anche qualificata dalla teoria del diritto come un'inammissibile inosservanza costituzionale, non rimediabile se non per via legislativa»<sup>275</sup>.

### **18.1. La teoria dell'interpretazione come disciplina autonoma della teoria del diritto. Sulla distinzione tra "diritto vigente" e "diritto vivente".**

Ferrajoli è dell'idea che la teoria dell'interpretazione vada distinta, come disciplina autonoma, dalla teoria del diritto<sup>276</sup>. Diversamente da Tarello e dagli altri teorici genovesi, Ferrajoli pensa che l'interpretazione della legge «non possa configurarsi

<sup>269</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 91.

<sup>270</sup> M. BARBERIS, in L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 81.

<sup>271</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 81.

<sup>272</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 82.

<sup>273</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 82.

<sup>274</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 57.

<sup>275</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 57 s.

<sup>276</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 57.

propriamente come un'attività di produzione normativa senza ledere il principio della separazione dei poteri»<sup>277</sup>.

È proprio per questo motivo che Ferrajoli ha elaborato la distinzione tra “diritto vigente”(interamente prodotto dalla legislazione) e “diritto vivente” (interamente prodotto dalla pratica giuridica e perciò dall'interpretazione)<sup>278</sup>. Separazione da non confondere con quella tra “esistenza” (o “vigore”) e “validità” delle norme<sup>279</sup>.

## 19. Il progetto del diritto penale minimo.

Il “diritto penale minimo” è il nome di una teoria costruita da Luigi Ferrajoli «per designare un modello di diritto in grado di vincolare l'intervento punitivo ... a quei limiti rigidi, imposti a tutela della persona, che sono le garanzie penali e processuali»<sup>280</sup>. Essa era nata «in polemica con le tesi abolizioniste del diritto penale»<sup>281</sup>. Il Garantismo, dunque non è altro che rispetto delle regole (sostanziali e processuali) a favore dei più deboli. I forti, infatti, non hanno proprio bisogno di un soprappiù di garantismo. Vediamo e storicizziamo: il processo è esso stesso un sistema di garanzie. Ma viene in un secondo momento, contro le violazioni del diritto sostanziale<sup>282</sup>.

Senonché (coniato con questo preciso significato: tutela dei più deboli) il termine “*garantismo*” è stato ripreso e sfigurato dopo i fatti storici legati al fenomeno di Tangentopoli (inizio anni '90 del XX secolo). Ha finito, cioè, «per designare, soprattutto negli usi della destra esattamente l'opposto del paradigma garantista, che è invece un sistema di limiti e vincoli imposti a tutti i poteri, e non solo al potere giudiziario, a garanzia dei diritti fondamentali, e non solo dei diritti di libertà contro l'intervento penale»<sup>283</sup>.

«Nato nel terreno penale, il garantismo si presta ... ad essere allargato»<sup>284</sup>, «anche contro i poteri privati del mercato, indebitamente assimilati dalla tradizione liberale e

<sup>277</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 525 s., 580.

<sup>278</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 13.

<sup>279</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 13.

<sup>280</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

<sup>281</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

<sup>282</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

<sup>283</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 12.

<sup>284</sup> Già citato.

liberista alle semplici libertà»<sup>285</sup>. Ampliamento proposto dal Ferrajoli in *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*<sup>286</sup>.

## **20. La consegna del mercato della droga al monopolio criminale. Effetti devastanti.**

Il «marasma di figure di reato che affollano e paralizzano i nostri tribunali richiederebbe oggi una radicale depenalizzazione»<sup>287</sup>. «La punizione di un fatto come reato si giustifica solo se è realmente idonea a prevenire danni a diritti o beni fondamentali»<sup>288</sup>. «Si pensi soprattutto, all'insensata legislazione contro la droga, alle cui altissime pene si deve circa un terzo dell'intera popolazione carceraria»<sup>289</sup>. Nonostante tutte queste condanne, questo sistema non è riuscito a sconfiggere il commercio della droga. Anzi, questa legislazione penale ha consegnato il mercato delle droghe alla criminalità organizzata, che da esso trae formidabili guadagni. Guadagni poi riciclati in attività economiche con gravi ricadute negative sul settore sano del commercio e sulla tenuta delle istituzioni. In altre parole, i maggiori avvantaggiati dal proibizionismo sono proprio le associazioni criminali. Si ripete un fenomeno già conosciuto. «Consegnando il mercato della droga al monopolio criminale, essa favorisce ed alimenta – come il proibizionismo delle bevande alcoliche negli Stati Uniti negli anni Trenta – non solo il grande crimine organizzato, ma anche la criminalità di strada dei tossicodipendenti e dei piccoli spacciatori, che poi sono i soli destinatari della repressione penale»<sup>290</sup>.

Questa nostra cattiva legislazione penale «ha enormemente accresciuto la disuguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: pene draconiane ed enormi inasprimenti punitivi in caso di recidiva per il piccolo spaccio di droga e per i reati di strada e di sussistenza; depenalizzazioni e prescrizioni brevi per vari reati di corruzione e malaffare, i quali fra l'altro richiedono indagini di solito incomparabilmente più lunghe e complesse»<sup>291</sup>.

<sup>285</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 25.

<sup>286</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 25.

<sup>287</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 26.

<sup>288</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 26.

<sup>289</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 26.

<sup>290</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 27.

<sup>291</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 25.

In sostanza a sfuggire sono sempre i grandi criminali mentre a cadere nelle maglie della giustizia sono sempre i pesci piccoli. Come se lo Stato si faccia forte con i deboli e debole con i forti.

## 21. A proposito delle pene detentive e del carcere.

«Il carcere, lo sappiamo, è un'invenzione moderna: una conquista dell'illuminismo, in alternativa alla pena capitale, ai supplizi, alle pene corporali, alla gogna e agli orrori del diritto premoderno»<sup>292</sup>.

Si è detto sopra che «la punizione di un fatto come reato si giustifica solo se è realmente idonea a prevenire danni a diritti o beni fondamentali»<sup>293</sup>. Si deve però ricordare che ai sensi dell'art. 27 della Costituzione la funzione della pena è un'altra: tendere alla rieducazione del condannato.

Ferrajoli si muove sulla scia lasciata dal Beccaria: pene lievi ma certe<sup>294</sup>. E quindi riduzione legislativa delle pene e reclusione solo per i reati più gravi. E trasformazione delle pene meno gravi con gli arresti domiciliari, libertà vigilata, affidamento in prova ai servizi sociali<sup>295</sup>. Un modo certo per sopperire al sovraffollamento delle carceri e all'utilizzo delle celle solo per il pernottamento (e non fino a ventidue ore; oltretutto in spazi angusti e sovraffollati)<sup>296</sup>.

## 22. Sul passaggio dei magistrati inquirenti all'agone politico. Il potere giudiziario come potere terribile e odioso.

Barberis chiede a Ferrajoli che cosa ne pensi della discesa in campo politico di magistrati come Di Pietro, De Magistris e Ingroia<sup>297</sup>. Ferrajoli auspica «una più rigorosa disciplina della partecipazione dei magistrati alle competizioni politiche»<sup>298</sup>.

Riflettendo su queste forme di protagonismo, Ferrajoli ricorda di aver già risposto a questa domanda con una serie di proposte al XIX congresso di Magistratura

<sup>292</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 28.

<sup>293</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 28.

<sup>294</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 29.

<sup>295</sup> M. BARBERIS, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 14.

<sup>296</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 17.

<sup>297</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 15.

<sup>298</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 15.

Democratica (2013). In sostanza, egli si appella al costume di sobrietà e riservatezza: così da rifuggire da qualunque forma di popolarità. E non dar luogo neppure al sospetto di una strumentazione politica dell'esercizio della giurisdizione<sup>299</sup>. Infatti (come scrissero Montesquieu e Condorcet) i giudici e i pubblici ministeri devono essere consapevoli «del carattere “terribile” e “odioso”» del loro potere<sup>300</sup>.

Molto difficili da attuare sono altre massime come quella del rispetto dell'imputato e dell'esercizio del dubbio nei confronti delle accuse raccolte contro di lui. Come ebbe a dire Cesare Beccaria: si corre il pericolo che il giudice (anziché restare un indifferente ricercatore del vero) si trasformi in nemico del reo con lo sposare le tesi dell'accusa<sup>301</sup>.

**23. Sull'impotenza della politica nei confronti dell'economia. Sulla crisi della dimensione garantista. Sulle garanzie dei diritti contro i poteri forti di alcuni privati (banche, assicurazioni, capitale finanziario internazionale, ecc.). I poteri selvaggi.**

«La vecchia Europa dello Stato sociale e interventista nell'economia» si è trasformata in dominio delle leggi di mercato che «in quanto tale esige la neutralizzazione della politica e la sua trasformazione in tecnocrazia»<sup>302</sup>. All'impotenza «della politica nei confronti dell'economia» a livello europeo ha fatto riscontro una «insofferenza per i limiti e i vincoli imposti dai diritti costituzionalmente stipulati ma sempre più assenti dall'orizzonte delle politiche del governo»<sup>303</sup>. «Si spiega così la crisi della dimensione sostanziale, garantista, e costituzionale della democrazia»<sup>304</sup>.

La mancanza di limiti giuridici ai grandi poteri economici della finanza e del capitalismo globale fa sì che si possa parlare di «poteri illimitati e selvaggi» di coloro che dispongono di questi mezzi economici e finanziari in grado di soffocare i diritti dei comuni cittadini<sup>305</sup>. L'unica ponderazione giudiziaria ammessa da Ferrajoli è quella equitativa. Essa non riguarda le norme, ma le circostanze specifiche che rende

<sup>299</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 16.

<sup>300</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 132.

<sup>301</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 133.

<sup>302</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 133.

<sup>303</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 69.

<sup>304</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 88.

<sup>305</sup> L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia*, cit.

ogni fattispecie diversa dalle altre<sup>306</sup>. L'argomento, qui solo accennato, viene approfondito in altro studio<sup>307</sup>.

Si può solo auspicare che le garanzie dei diritti fondamentali oltre che «negli ordinamenti e nelle convenzioni dei singoli Stati» trovino sempre più effettività nei trattati e nelle convenzioni internazionali, come ad esempio: *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (1948) e *La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (1950)<sup>308</sup>. Ma questo, purtroppo, è ancora un capitolo aperto e sanguinante.

## 24. Conclusioni.

Il paradigma garantista, edificato dal professor Luigi Ferrajoli, è un modello giuridico coraggioso: ispirato ad un alto senso di giustizia sociale, e supportato da una corrente innovatrice del potere giudiziario (Magistratura Democratica).

Abbiamo esposto fin qui le principali tesi e le argomentazioni del Ferrajoli, desumibili dal volume *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Dopo i primi paragrafi introduttivi, non sono intervenuto con mie considerazioni personali, per non disturbare il lettore e soprattutto per sommo rispetto per l'elaborazione teorica del professor Ferrajoli. Salvo un caso.

In queste conclusioni, in qualche misura, pochissimi aspetti vorrei discutere con il professor Ferrajoli, ma solo dopo aver ribadito il concetto che le garanzie, per Ferrajoli, sono doveri e sanzioni<sup>309</sup>. Ed aver riaffermato che per questo preciso motivo la sua teoria vien denominata "*Garantismo giuridico*", per indicare, cioè, le tecniche di tutela dei *diritti fondamentali*. Con più precisione: i *diritti di libertà* sono garantiti dai *divieti* (di lesione); mentre i *diritti sociali* vanno protetti dagli *obblighi* (di prestazione in capo ai pubblici poteri)<sup>310</sup>.

Ma è meglio concludere con la applicazione della frase formulata da Benedetto Croce nei confronti di Carl Marx<sup>311</sup>. Parafrasando Benedetto Croce, si potrebbe dire: il

<sup>306</sup> Cfr., anche, L. PALAZZANI, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 65 s.

<sup>307</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 59.

<sup>308</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 195.

<sup>309</sup> B. CROCE, *Come nacque e come morì il marxismo teorico in Italia (1895-1900). Da lettere e ricordi personali* (1937), in *Materialismo storico*, decima edizione, 1961, Laterza, Bari, p. 282.

<sup>310</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, cit., p. 69.

<sup>311</sup> Legge 24 novembre 1981 n. 689 "*Modifiche al sistema penale*", G.U. n. 329 del 30 novembre 1981.

filosofo del diritto Luigi Ferrajoli non aspira, semplicemente, a conoscere il mondo del diritto; ma con il suo garantismo costituzionale, vuole “cambiarlo” con il tutelare al meglio i diritti fondamentali.

*Ora aggiungo, non sarebbe il caso di estendere questa formula a chi vorrebbe credere in un mondo migliore e in classi sociali meno predatrici nei confronti dell’ambiente naturale?*

*Non si potrebbe pensare a dare maggior forza alle istanze degli ambientalisti con il favorire l’espansione di un nuovo diritto, che dalle ceneri del vecchio “diritto illegittimo” riprenda un discorso consapevole e rispettoso dell’ambiente naturale e contro i poteri selvaggi. Dopo i disastri ambientali dell’ultimo secolo, per tentare di recuperare il tempo perduto, come si è fatto già nel mondo del diritto dopo le persecuzioni razziali condannate dal tribunale internazionale di Norimberga? Ricordo che la mancanza di limiti giuridici (ai grandi poteri economici della finanza e del capitalismo globale) fa sì che si possa parlare di «poteri illimitati e selvaggi» di coloro che dispongono dei mezzi economici e finanziari in grado di soffocare i diritti dei comuni cittadini<sup>312</sup> anche nei confronti di un ambiente sano.*

---

<sup>312</sup> Orientamento condiviso anche da una recente sentenza del giudice molisano, confermata in secondo grado, in un giudizio di opposizione a ordinanza ingiunzione in materia di sanzioni amministrative emessa ai sensi del Codice dell’ambiente, Dlgs. 152/2006 (*Sentenza Tribunale Civile Campobasso, 02.12.2015 n. 820; Sentenza Corte Appello Campobasso, 03.07.2019 n. 246*) e che ha dato spunto alla presente riflessione sul tema trattato.

# IL DIRITTO DI ESSERE ASCOLTATO NEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI SANZIONATORI EX ART. 18 L. 689/1981: UN CAMBIO DI ROTTA NON PIÙ RINVIABILE

**Maria Difino**

**ABSTRACT** [ENG]: *The article addresses the issue of the right to be heard in the sanctioning procedure pursuant to Law no. 689/81 and, more generally, the right to participate in the administrative procedure. The reflection that arises is that, also in light of the latest changes made to law 241/1990 (law containing the general principles of the administrative procedure) pursuant to D.L. n. 76/2020 converted into law n. 120/2020, the protection of citizens in respect of this right is no longer derogable, as up to now instead affirmed by the Court of Cassation.*

**ABSTRACT** [ITA]: L'articolo affronta la questione del diritto al contraddittorio nel procedimento sanzionatorio ai sensi della Legge n. 689/81 e, più in generale, il diritto di partecipare al procedimento amministrativo. La riflessione che ne deriva è che, anche alla luce delle ultime modifiche apportate alla legge 241/1990 (legge recante i principi generali del procedimento amministrativo) ai sensi del D.L. n. 76/2020 convertito in legge n. 120/2020, la tutela dei cittadini rispetto a tale diritto non è più derogabile, come fino ad ora invece affermato dalla Corte di Cassazione.

**SOMMARIO:** **1.**Premessa. – **2.** ... la visione del problema dalla prospettiva penalistica. –**3.** ... uno sguardo dalla prospettiva europea. –**4.** ... dalla prospettiva del diritto amministrativo. –**5.** Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa.

La questione del diritto del cittadino ad essere ascoltato nel procedimento sanzionatorio disciplinato dalla legge n. 689/1981<sup>1</sup> può dirsi oggi stretta tra una posizione tradizionale, incline a contenere entro certi limiti lo spazio concesso alle garanzie procedurali in nome di una assunta “effettività dell’azione amministrativa” (*Cassazione civile SS.UU. 30.09.2009 n. 20935*), e una nuova visione che invece sta pervadendo la disciplina amministrativistica.

Soprattutto sotto la spinta del diritto comunitario, nel panorama giuridico nazionale ha cominciato ad affermarsi un più evoluto concetto di “buona amministrazione” che segna come fondamentale la presenza del cittadino all’interno del procedimento amministrativo, marcandone il peso; evoluzione le cui tracce possiamo riscontrare maggiormente oggi, dopo il secondo decreto Semplificazione appena licenziato dall’attuale Esecutivo (d.l. n. 76/2020 convertito nella legge n. 120/2020).

Allo stato dell’arte, tuttavia, il regime è quello dettato dal principio granitico espresso dalla Corte di Cassazione SS.UU. con la sentenza del 28.01.2010 n. 1786 per il quale, alla violazione del diritto al contraddittorio procedimentale in materia di sanzioni amministrative, non è riconosciuta capacità invalidante del provvedimento finale (ordinanza ingiunzione)<sup>2</sup>.

Una prima domanda che sorge è, allora, se il passaggio “partecipativo” di un procedimento amministrativo, qualunque sia la finalità dello stesso e l’autorità competente, possa essere saltato a piè pari, come sostiene la Cassazione, senza per questo porsi in contrasto con i canoni che disciplinano la tutela del cittadino ed il suo

---

<sup>1</sup>F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 2, 2014, il quale sottolinea la necessità di una trasformazione e di un rafforzamento delle garanzie del cittadino di fronte ad ogni manifestazione della potestà punitiva e, ciò, a prescindere dalle finalità che tale potestà persegue, ovvero se propriamente afflittive o anche ripristinatorie.

<sup>2</sup>In effetti, per molto per molto tempo si è registrata la mancanza di una disciplina normativa da cui trarre principi e istituti da applicare e che, sono stati quindi presi in prestito da altre discipline, in particolare dal diritto penale. Tutto ciò fino alla legge n. 689/1981, intitolata “*Modifiche al sistema penale*” che ha conferito all’attività amministrativa sanzionatoria un carattere peculiare rispetto alle altre attività amministrative, cfr R. GIOVAGNOLI, M.FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa e commentata con dottrine e giurisprudenza*, Milano, 2009; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, II Edizione, Milano 2003.

diritto ad essere ascoltato sempre ed in ogni caso; e ciò soprattutto in ipotesi di esercizio della potestà punitiva<sup>3</sup>.

Una seconda domanda è se, in relazione alla “partecipazione procedimentale”, si possa affermare una reale differenza sostanziale tra le regole che governano il procedimento sanzionatorio di cui alla legge 689/1981 e quelle che disciplinano il procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241/1990.

Il tema della partecipazione del cittadino alla fase procedimentale diretta alla emanazione di un atto dell’Autorità, è stata fino ad oggi riguardata da due prospettive differenti, ovvero quella tipica della dimensione penale e quella propriamente amministrativa; prospettive che hanno condotto ad approdi diversi e che verranno di seguito scrutinate, senza alcuna pretesa di esaustività, per provare a capire se, anche alla luce degli interventi del diritto comunitario, oggi si possa tentare di immaginare una disciplina omogenea che ponga il cittadino sempre al centro di qualunque sistema, in quanto soggetto meritevole del medesimo livello di attenzione e tutela.

## **2. ... la visione del problema dalla prospettiva penalistica.**

Secondo l’opinione largamente condivisa dalla dottrina, il tema delle sanzioni amministrative è senza dubbio tra quelli maggiormente complessi e articolati nella categoria delle scienze giuridiche, proprio perché dette sanzioni nascono prive di una propria classe giuridica<sup>4</sup>, costringendo gli interpreti a porre in essere operazioni di

---

<sup>3</sup> C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1989. E’ stato rilevato come, non esistendo nel nostro ordinamento una definizione normativa di “sanzione amministrativa”, dottrina e giurisprudenza l’avevano indicata come quella *misura afflittiva irrogata nell’esercizio di una potestà amministrativa* che, quindi, era possibile connotare solo in relazione al suo ambito di applicazione, restando impossibile, invece, marcarne il contenuto tipico e peculiare. Tale tesi si fondava, infatti, sul presupposto che la sanzione amministrativa fosse caratterizzata dal fatto di non essere diretta a reintegrare l’ordinamento generale ma soltanto a ristabilire un ordinamento amministrativo corretto, differenziandosi, così, dalla sanzione penale che avrebbe lo scopo di ripristinare il corretto funzionamento dell’ordinamento generale. Per la dottrina maggioritaria, è proprio il carattere dell’*afflittività*, presente anche nelle sanzioni amministrative, che consente di includere le stesse, in via residuale, nell’ampia categoria delle sanzioni, sebbene presentino caratteri diversi dalle sanzioni penali e da quelle civili. Sulla questione della sanzione amministrativa come misura afflittiva, diversa sia dalla sanzione penale sia dalla sanzione civile, irrogata dallo Stato o da altro ente pubblico, nell’esercizio di una potestà amministrativa, anche A. FIORITTO, C. LENZETTI, *Le sanzioni amministrative e la nuova tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012.

<sup>4</sup> V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative*, Torino 2009, precisa che nel nostro ordinamento si assiste, ormai da qualche anno, ad una sostanziale valorizzazione del diritto penale amministrativo, sia da parte della legislazione statuale – che ha fatto largo impiego, in questi anni, della sanzione amministrativa *ab origine* o in via di

astrazione in una logica tipicamente deduttiva, al fine di individuare principi generali desumibili da discipline diverse, come quella penale e quella civile<sup>5</sup>.

È utile ricordare che lo sviluppo e l'interesse della scienza giuridica verso il c.d. "diritto penale amministrativo"<sup>6</sup> risale all'*ancien régime* allorché, con l'affermazione dello Stato di diritto e dei principi di divisione dei poteri e di giurisdizionalizzazione, larga parte della potestà sanzionatoria di diritto pubblico è passata dal campo del diritto amministrativo a quello del diritto penale, ritenuto quest'ultimo più idoneo a garantire il cittadino contro gli abusi del potere<sup>7</sup>.

Tuttavia, nel secolo successivo, anche a causa della industrializzazione e dell'intervento sempre maggiore dello Stato nei rapporti sociali in funzione di tutela di nuovi interessi emergenti, ebbe a registrarsi un notevole incremento delle fattispecie criminose, che finì per condurre ad una semi-paralisi del sistema della giustizia penale<sup>8</sup>. Questo comportò la ricerca e poi l'impiego di nuove forme di

decriminalizzazione – sia di quella regionale. Spiega ancora l'Autore che, riguardo alla natura giuridica, parte della dottrina preferisce qualificare questo nuovo sistema di illecito come un sottosistema penale riconducibile ad una superiore categoria dogmatica, il c.d. *illecito di diritto pubblico* (che includerebbe sia l'illecito penale sia quello amministrativo) da contrapporre all'illecito civile. Altra parte della dottrina, invece, lo ritiene un sistema autonomo da quello penale, caratterizzato da regole peculiari, quali, solo per fare un esempio, la disciplina della solidarietà e la responsabilità oggettiva.

<sup>5</sup> R. TOMEI, *La problematica delle sanzioni amministrative nella dottrina del diritto penale amministrativo*, Riv. amm. R. it. 2003; L. MANNORI- B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari 2001.

<sup>6</sup> Che l'intento del legislatore del 1981 fosse quello di creare un sistema penale più razionale, nel tentativo di dare una risposta alla paralisi giudiziaria che si era venuta a determinare, è chiaramente indicato nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di iniziativa governativa n. 363/1979, dove si legge che finalità della legge è "avviare per la prima volta nel nostro ordinamento una strategia differenziata alla lotta alla criminalità, che superi la vecchia ideologia di un intervento penale indifferenziato ed eccessivamente rigido e diffuso, ormai estraneo alla sensibilità e alla coscienza moderna, e che tra l'altro ha sovraccaricato la macchina giudiziaria, rendendola del tutto inadeguata a far fronte ai suoi compiti fondamentali". Aspettative che, secondo F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981 n. 689: una svolta "reale nella politica criminale*, in *Pol. Del dir*, XIII n. 3, 1982, non sarebbero state pienamente raccolte. Sull'argomento si rinvia anche a V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative*, *op.cit.*

Precisa F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981 n. 689: una svolta "reale nella politica criminale*, in *Pol. Del dir*, XIII n. 3, 1982, che l'intento del legislatore del 1981 di creare un sistema penale più razionale, nel tentativo di dare una risposta alla paralisi giudiziaria che si era venuta a determinare, come chiaramente indicato nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di iniziativa governativa n. 363/1979, non sarebbero state pienamente raccolte. Sull'argomento si rinvia anche a V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative*, *op.cit.* Sull'argomento si rinvia anche a V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative*, *op.cit.*

<sup>7</sup> V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative*, *op.cit.* L'Autore spiega le modalità della depenalizzazione che si suddivide in "secca" nel senso di attribuzione della completa liceità del fatto prima incriminato, e "amministrativa" nel senso di sostituzione, a quella penale, di altro tipo di sanzione.

<sup>8</sup> Sul tema della depenalizzazione del sistema sanzionatorio, in Italia ricordiamo la legge n. 317/1967 in materia di circolazione stradale e, successivamente, la legge n. 706/1975 sulle contravvenzioni punibili con l'ammenda ed infine la legge n. 689/1981.

*controllo sociale*, con la previsione di rimedi di natura essenzialmente economica, dando così luogo al fenomeno indicato come “depenalizzazione”<sup>9</sup>.

Si può dire, quindi, che a partire da primi interventi di depenalizzazione del 1967<sup>10</sup> e soprattutto con la legge n. 689/1981, questo sistema ha rivestito una particolare rilevanza non solo per il maggior effetto deterrente sortito rispetto alla normativa penale, di più difficile applicazione, ma anche perché previsto per illeciti diversi da quelli sulla persona<sup>11</sup>. Il valore ampio da sempre attribuito alla nozione di “sanzione”, rende la stessa di per sé generica ed indeterminata, indicando la reazione dell’ordinamento alla violazione di un precetto di varia natura (giuridico, morale, sociale, religioso ecc.)<sup>12</sup> che può rispondere a finalità diverse, ovvero punitive o

<sup>9</sup>Ritiene che la legge n. 689/1981 rappresenti il più organico lavoro in materia di illecito amministrativo, il cui tributo maggiore offerto al sistema giuridico è dato proprio dal superamento dei limiti che sino ad allora avevano caratterizzato le precedenti opere di depenalizzazione, A. VIGNERI, *Profili generali delle sanzioni amministrative*, in *Leggi civ. comm.*, 1982; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sulla unitarietà della funzione afflittiva*, in [www.giustiamministrativa.it](http://www.giustiamministrativa.it) n. 7/2012.

<sup>10</sup>Sul tema si rinvia a P.CERBO, *Le sanzioni amministrative, op.cit.*; T. PADOVANI, *La distribuzione delle sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l’esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. pen.* 1984; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli 1983; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983.

<sup>11</sup>In virtù del principio di *one-way autonomy* - elaborato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Engel del 1976* - la qualificazione formale che una data sanzione ricava dall’ordinamento nazionale è vincolante esclusivamente in senso estensivo ai fini della applicabilità delle garanzie convenzionali di cui all’art. 6) CEDU. Infatti, la giurisprudenza europea, al fine di garantire al cittadino pienezza dei diritti di difesa, propri del processo penale, anche nella fase stragiudiziale di irrogazione della sanzione amministrativa, ha considerato rilevante, ai fini della tutela, pure le pene in senso lato, ovvero a quelle che abbiano come finalità la cura in concreto dell’interesse pubblico (ad es. le sanzioni ripristinatorie di un bene leso ovvero quelle di prevenzione del rischio di una loro futura compromissione), cfr. *Corte eur. dir. uomo*, 27.11.2007, caso n. 21861 - *Harmer/ Belgium*. In senso opposto, cfr. *C.C. SS.UU. 15.12.2000 n. 1264* che, invece, inquadra la posizione giuridica del soggetto nella categoria dell’interesse legittimo, considerando la *sanzione* quale esercizio di funzione amministrativa in senso stretto e di carattere vincolato; di talché al soggetto è negato ogni diritto procedimentale, compreso la comunicazione di avvio di procedimento.

<sup>12</sup> In tal senso non sono qualificabili come sanzioni amministrative (in senso proprio) le *misure ripristinatorie* il cui scopo è quello di restaurare la legalità violata senza tuttavia perseguire finalità afflittive e di prevenzione. Parimenti, non sono riconducibili alla categoria delle sanzioni amministrative quelle misure negative che hanno carattere preventivo e cautelare, essendo dirette ad evitare la consumazione di un illecito e non invece, a sanzionare direttamente lo stesso. Sono, invece, da ricondurre al *genus* delle sanzioni punitive le sanzioni amministrative *pecuniarie*, che rappresentano la più importante categoria di sanzioni amministrative insieme a quelle *interdittive*, ovvero di quelle, come la revoca di un’autorizzazione amministrativa, che incidono sull’esercizio di un diritto o su un provvedimento che aveva attribuito al trasgressore particolari benefici o diritti. E tuttavia, vi sono talune misure amministrative, come ad esempio la revoca della patente di guida che, pur essendo interdittive, non possono dirsi “sanzioni” atteso che mancano proprio della funzione punitiva, dal momento che non sono conseguenza di un illecito ma bensì l’effetto dell’accertamento del venir meno di un requisito soggettivo che abilitava il soggetto allo svolgimento di una qualche attività. Nell’ambito delle sanzioni amministrative sono da ricondurre, altresì, alcune ipotesi di confisca (allorché siano conseguenza di un illecito, abbiano carattere personale e finalità afflittive e di prevenzione) nonché le sanzioni disciplinari, che hanno una disciplina specifica, essendo espressamente escluse dall’ambito di operatività della disciplina generale delle sanzioni amministrative dall’art. 12 l.bn. 689/1981

Per una attenta disamina delle sanzioni si rinvia a P. CERBO, *Le sanzioni amministrative, op. cit.*

ripristinatorie<sup>13</sup>. L'esigenza deflattiva del contenzioso penale attuata con la legge n. 689/1981, attraverso il declassamento di talune fattispecie da reati a sanzioni amministrative, non ne ha tuttavia mutato il carattere di "afflittività" e "finalità di "prevenzione" generale e speciale<sup>14</sup> che continua ad accomunare sia le sanzioni penali sia quelle c.d. amministrative "in senso stretto"<sup>15</sup>.

Quanto alla catalogazione della sanzione come amministrativa o penale, la scelta è tradizionalmente rimessa al legislatore sulla base degli interessi ritenuti meritevoli di protezione edella loro maggiore o minore rilevanza come avvertita in un certo momento storico<sup>16</sup>. Cosicché, mentre le prime sono normalmente dirette a colpire comportamenti antiggiuridici lesivi di un interesse generale, le seconde riguardano

<sup>13</sup> Diversamente si presentano le *sanzioni civili* dove, invece, la finalità è risarcitoria. Se quindi è più facile scorgere le differenze tra sanzioni amministrative e penali e quelle civili, tale operazione risulta più difficile tra le prime due. Infatti, le sanzioni penali come quelle amministrative condividono la medesima finalità punitiva e preventiva (tant'è che, come si diceva, grazie a questo, è stato possibile procedere alla depenalizzazione di talune fattispecie criminose). Sul *principio di specialità* come emerge dall'art. 9) della legge n. 689/1981 si deve ricordare che la *Grande camera della C. eur. Dir. uomo*, sentenza 8 luglio 2019, Mihalache c. Romania, ric. n. 54012/10, rimeditando la presa di posizione espressa sul principio del *ne bis in idem* tra le due sanzioni – penale e amministrativa – ha affermato che non viola l'art. 4), prot. 7 CEDU l'applicazione, in relazione al medesimo fatto, di sanzioni amministrative e penali in distinti procedimenti, quando tra gli stessi sia ravvisabile una connessione sufficientemente stretta sul piano sostanziale e temporale. Più ampiamente sul tema cfr. S. CIMINI, *Sanzioni amministrative*, Diritto on line 2019.

<sup>14</sup> Va tuttavia evidenziato che questa tesi, che ricerca la differenza tra sanzioni amministrative e sanzioni penali nell'ambito degli interessi protetti e della loro assunta maggiore o minore rilevanza, è stata smentita dalla Consulta che in riferimento ai beni ambientali, qualificati dalla Costituzione come "primari" (art. 9 Cost.), ha avuto modo di affermare in diverse pronunce, che la scelta circa il tipo di sanzione da applicare (penale o amministrativa) è lasciata esclusivamente all'apprezzamento del legislatore il quale, discrezionalmente, potrà decidere sulla base di criteri di efficacia e proporzionalità a seconda del grado di tutela necessario (*Corte Cost. Ord. 30.03.2001 n. 86*), considerato che talvolta la sanzione amministrativa può risultare addirittura più efficace di altri strumenti di tutela, compreso quello repressivo penale (*Corte Cost. 30.12.1998 n. 456*). La dottrina a tal proposito ha escluso una differenza di carattere sostanziale tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, atteso che, ove così fosse, non sarebbe mai possibile la depenalizzazione che incide sulla caratterizzazione della sanzione senza incidere sul precetto violato, e quindi, sull'oggetto di tutela del precetto. Proprio perché si tratta di attività discrezionale del legislatore, la natura dell'interesse rappresentato non può rappresentare elemento di discriminazione in ordine alla scelta del tipo di sanzione da collegarvi in caso di sua lesione (se penale o amministrativa), non essendovi alcun vincolo in tal senso, così A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione op.cit.* Sul punto anche V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative, op.cit.*

<sup>15</sup> R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa op.cit.* Tuttavia, la dottrina, con riferimento particolare alle sanzioni comminate dalle autorità indipendenti, ha osservato come non possa dirsi sussistere incompatibilità, in termini assoluti, tra "punire" e "amministrare", atteso che la sanzione, attraverso la sua funzione di deterrenza, non è che un modo di tutelare meglio, in via preventiva dati interessi pubblici, così F. GOISIS, *Discrezionalità ed autorità nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. Dir. pubbl.*, 2003. Cfr anche *Cons. St., sez. VI, 29.01.2013 n. 542*.

<sup>16</sup> A differenza della funzione amministrativa, che è cura degli interessi contrapposti da ponderare in un procedimento amministrativo, il potere punitivo si collega ad una finalità di prevenzione, quale reazione alla violazione di un precetto, non dissimilmente da una sanzione penale, P. CERBO, *Le sanzioni amministrative, op. cit.*

lesioni che hanno un impatto minore, incidendo su interessi specifici rimessi alla cura della P.A. a cui è attribuito anche il potere di irrogare sanzioni; potere comunque sancito da norme repressive di ordine penale<sup>17</sup>.

Ciò posto, nel caso di irrogazione di *sanzioni amministrative in senso stretto*, l'attività della P.A. non potrebbe definirsi attività amministrativa nella sua accezione tipica, ovvero di specifica "*cura dell'interesse pubblico*" che si svolge attraverso la ponderazione dell'interesse primario con gli interessi secondari, ma piuttosto come una attività di "punizione" di comportamenti ritenuti lesivi dall'ordinamento giuridico; cosicché il *procedimento sanzionatorio*, disciplinato dalla legge n. 689/1981, non sarebbe strumentale alla formazione di un provvedimento amministrativo, ma precluderebbe alla emanazione di un vero e proprio atto afflittivo di natura *paragiurisdizionale*.

Siffatta impostazione si riflette anche sull'oggetto del procedimento sanzionatorio disciplinato dalla legge n. 689/1981, il quale non è *l'interesse pubblico* da definire al meglio nella comparazione degli interessi contrapposti e da tutelare attraverso un atto finale (il provvedimento amministrativo), ma è, invece, la determinazione di una *sanzione* di natura economica da infliggere direttamente all'autore dell'illecito, entro un minimo ed un massimo stabilito dalla legge *per quello specifico comportamento anti-giuridico*, e ciò in funzione di punizione e prevenzione, esattamente come avviene nell'ambito del diritto penale<sup>18</sup>.

Sul piano del diritto positivo, questo spiega perché la legge sulla depenalizzazione n. 689/1981 sia intervenuta solo per le sanzioni *in senso stretto* (ed in particolare per quelle pecuniarie), attraverso un procedimento che è più garantistico di quello che previsto dalla legge 241/1990, in quanto assicura non tanto la presentazione di mere "osservazioni", ma piuttosto l'audizione personale dell'incolpato e il deposito di "scritti difesivi"<sup>19</sup>.

Così individuato l'oggetto e l'ambito di applicazione del procedimento disciplinato dalla legge n. 689/1981, sembra quindi ineludibile che le sue regole debbano essere

<sup>17</sup> In tal senso, F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 2, 2014.

<sup>18</sup> P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, op. cit.

<sup>19</sup> Da evidenziare il fatto che, invece, nei procedimenti sanzionatori delle Autorità Indipendenti disciplinati da normative di settore, questa differenza non è regimentata, come ricordano i casi *Menarini* (2011) e *Grande Steavens* (2014) al vaglio della Corte di Strasburgo.

necessariamente tarate sulla base dei medesimi criteri che governano la fase processuale eventualmente azionabile.

La Cassazione invece, con la richiamata sentenza n. 1786/10, premesso che nel procedimento contemplato dalla legge n. 689/1981 ciò che rileva non è tanto l'atto quanto il *fatto*, ha rimarcato la netta differenza tra questo procedimento e quello più generale regolato dalla legge n. 241/1990, facendo discendere da tale assunto, definito *"oggettivamente inattuabile"*, il corollario per cui l'emanazione dell'atto sanzionatorio non soggiace a regole motivazionali, né al rigore assoluto dell'iter procedurale come è, invece, per gli atti amministrativi discrezionali e comunque di natura provvedimentale. Ma non solo. La Corte afferma il principio della non indispensabilità della partecipazione procedimentale dell'incolpato, anche laddove quest'ultimo ne faccia esplicita richiesta ai sensi dell'art. 18) della l. n. 689/1981, in quanto *"(...) l'audizione è preordinata all'esposizione di elementi favorevoli alla propria tesi che l'interessato vuole far conoscere all'Autorità preposta all'adozione dell'ordinanza (...)"*.

La conclusione, a nostro giudizio inaccettabile, cui giunge il giudice di legittimità è che *"(...) la tutela del trasgressore non è lesa dal mancato uso di tale facoltà, atteso che quelle ragioni potranno senza dubbio essere prospettate in sede giurisdizionale"*.

La prima obiezione a quanto sostenuto dal supremo giudice non può che partire dal dato normativo: l'art. 18) della legge n. 689/1981 prevede, dal lato del cittadino *incolpato*, la "facoltà" di presentare scritti difensivi mentre, dal lato dell'autorità competente alla irrogazione della sanzione, un vero e proprio "obbligo" al relativo esame. Il che avvalorava l'idea che l'intento deflattivo che ha portato il legislatore a depenalizzare talune fattispecie criminose riducendole a illeciti amministrativi, non può ragionevolmente ridurre il previsto diritto di difesa dell'"incolpato" a una attività della fase istruttoria, rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione sanzionatrice; ciò finirebbe per costituire un grave fatto di denegata giustizia, laddove il cittadino, scoraggiato dal dover percorrere la più lunga e onerosa via giurisdizionale, fosse indotto, *ob torto* collo, ad accettare un verdetto lacunoso e, quindi, ingiusto.

La seconda obiezione si appunta sulla natura della sanzione. Atteso che non è da porre in discussione il fatto che la posizione del sanzionato sia una situazione di

“diritto soggettivo”<sup>20</sup>, l’affinità del provvedimento sanzionatorio ad un atto giurisdizionale, ovvero ad una sentenza, ne fa pacificamente riconoscere il carattere di atto paragiurisdizionale, ovvero di atto che, pur non catalogato dalla legge come tale, ne condivide appieno tutti i caratteri.

Ed infatti, come per le sentenze, l’ordinanza ingiunzione ex l. 689/1981 costituisce titolo esecutivo e va “notificata” al soggetto destinatario della sanzione, anche da parte di un funzionario dell’amministrazione, ma sempre con l’osservanza delle formalità sancite dal c.p.c. per la notifica degli atti giudiziari, a pena di nullità. A ciò deve aggiungersi che la proposizione del ricorso in opposizione non ha effetto immediatamente sospensivo, il che rinforza la necessità di una tutela soddisfattiva, sotto il profilo del diritto di difesa, già in sede procedimentale. Ma che la procedura da cui scaturisce l’atto sanzionatorio di cui alla legge n. 689/1981 assuma caratteri peculiari e più vicini a quelli scanditi in ambito processuale, emerge anche dalla netta separazione stabilita tra la funzione istruttoria, affidata ad appositi organi accertatori (la cui produzione finale è il verbale di accertamento) e la funzione decisoria di competenza di un diverso organo dell’amministrazione (c.d. *judge versus jury*) il quale, anche sulla base del contributo istruttorio offerto dall’incolpato (con scritti difensivi e audizione personale ex art. 18), è chiamato ad emettere l’ordinanza di ingiunzione di pagamento o, eventualmente, ad archiviare<sup>21</sup>.

Né va sottaciuto che alla P.A., nella sua veste di autorità sanzionatrice, compete una *discrezionalità* che è propria dell’autorità giudiziaria (c.d. *discrezionalità giudiziale*<sup>22</sup>), in quanto la stessa è chiamata a stabilire il *quantum* della sanzione alla luce non solo della gravità oggettiva della violazione, ma anche in base ad altri elementi che riportano alla sfera soggettiva ovvero, l’opera riparatoria svolta dall’agente in ossequio al precetto normativo, la personalità dello stesso e le sue condizioni economiche (art. 11 l. 689/1981); tutte situazioni che non consentono di prescindere dal rispetto del diritto al *contraddittorio*, pena la violazione dell’art. 111 Cost., soprattutto ove lo stesso è espressamente contemplato dalla norma.

---

<sup>20</sup> Sul concetto di *discrezionalità giudiziale* contrapposto alla discrezionalità amministrativa tipica dell’amministrazione cfr. F. GOISIS, *Verso una nuova nozione*, *op.cit.* che, alla Nota 13, richiama altri autori (Paliero -Travi, Travi, Capaccioli).

<sup>21</sup> Sulla questione della competenza del giudice ordinario, ex art. 22) L. n. 689/1981 si rinvia a P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, *op. cit.*

<sup>22</sup> *Corte Cass., sez. II, 11.06.2009 n. 13622; Corte Cass., sez. I, 21.07.2004 n. 13505.*

Avvalorando una interpretazione restrittiva dell'art. 111 Cost. la giurisprudenza ritiene, invece, che i richiamati principi sul diritto di difesa e sul giusto processo, siano direttamente riferibili solo ai giudizi instaurati innanzi agli organi giurisdizionali (C.C.SS.UU.n. 20935/2009), e ciò sull'assunto che il procedimento amministrativo, quand'anche finalizzato alla emanazione di un atto di irrogazione di sanzioni amministrative in senso stretto, non sarebbe comunque assimilabile ad un *giudizio* e neppure sarebbe possibile una totale equiparazione del principio del "giusto procedimento" a quello del "giusto processo". Ciò per due ordini di ragioni: *in primis* perché il *giusto procedimento* vincolerebbe al rispetto dei soli principi di parità di trattamento, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ex articoli 3) e 97) Cost., oltre che, ovviamente, a quello di legalità, sempre sotteso all'attività della pubblica amministrazione; *in secundis* perché la garanzia della tutela cautelare sarebbe in grado di assicurare, nella fase giudiziale di opposizione alla ordinanza ingiunzione della sanzioni amministrative pecuniaria, un equilibrato contemperamento di interessi e quindi una tutela effettiva.

Ma una tale visione omette di riconoscere che, nelle more dell'esperimento del rimedio giurisdizionale, il provvedimento sanzionatorio, essendo immediatamente esecutivo, può comunque produrre effetti gravemente lesivi nella sfera giuridica del soggetto; senza contare che ad essere violato sarebbe comunque un altro principio rigorosamente vigente nel diritto penale, che è quello della presunzione di innocenza (contenuto anche nel secondo comma dell'art. 6 CEDU) e che implica il divieto di soggezione alla sanzione "penale" prima che sia concluso il processo.

Ecco allora che, dovendo rimanere entro gli schemi delle categorie classiche di "amministrazione" e "giurisdizione" come delineate dal diritto positivo, e ragionando in termini tradizionali, l'atto di irrogazione di sanzione amministrativa *in senso stretto* ex l. n. 689/1981, se non è riconducibile nell'ambito disciplinare del diritto amministrativo (qui rilevando non tanto l'atto quanto il "fatto", come sostiene la Cassazione del 2010), non può che afferire a quello penalistico, poiché nell'ordinamento italiano, *tertium non datur* (Cass. civ. sent. 20.05.2002 n. 7431). Dal che consegue che la garanzia del diritto di difesa, in questo specifico procedimento amministrativo sanzionatorio, non possa affatto essere sacrificato, neppure temporaneamente<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> G. GRECO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000.

Non sfugge, allora, che la *parità delle armi* nella formazione dell'atto sanzionatorio non può essere considerata come un semplice passaggio procedurale legittimamente prescindibile, soprattutto ove venga esercitata, da parte dell'incolpato, la facoltà di avere audizione, rispetto alla quale sorge l'obbligo, da parte della P.A. di concederla<sup>24</sup>. D'altronde la sanzione inflittiva, al di là della sua catalogazione come "amministrativa", è indubitabilmente intrisa del carattere "penale" e, ciò, per la sua *natura* (paragiurisdizionale), per il *carattere punitivo* (incisione diretta ed immediata nella sfera patrimoniale del soggetto), per la *gravità della pena* (importo della sanzione che può raggiungere soglie anche elevate), per l'*applicazione della sanzione accessoria* (eventuale applicazione della sospensione dalla carica svolta, con conseguente grave danno anche alla onorabilità del soggetto). Il che, evidentemente, rende irrinunciabili le garanzie procedurali poste a sentinella dei diritti di difesa e parità delle armi.

### **3. ... uno sguardo dalla prospettiva europea.**

Dal punto di vista strutturale il sistema giuridico sanzionatorio presenta una connotazione multilivello<sup>25</sup>, dall'architettura solo in parte lineare, che vede affiancate alle tradizionali e stratificate norme nazionali<sup>26</sup> quelle di fonte comunitaria, ovvero il diritto europeo e le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Anche in Italia, dopo la riforma del titolo V della Costituzione che ha condizionato il potere legislativo statale al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed internazionale, il tema delle sanzioni deve essere perciò considerato anche alla luce della nozione di "sanzione" contenuta nella Convenzione EDU<sup>27</sup>. Si ricorda che la Corte di Strasburgo sin dal 1976, partendo dal presupposto della identità di funzioni tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, con la *Sent.*

---

<sup>24</sup> Le norme nazionali comprendono, a loro volta, quelle statali, regionali e degli enti locali, oltre che le determinazioni delle Autorità in dipendenti, sebbene queste ultime sono di difficile collocazione nel quadro della gerarchia delle fonti di diritto.

<sup>25</sup> La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) è stata siglata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953.

<sup>26</sup> Questo arresto, che riguardava un caso di irrogazione di sanzioni detentive disciplinari-militari, inaugurò una giurisprudenza sostanzialmente consolidatasi nel 1984 con la *sentenza sul caso Ozturk/Germany, Corte eur. Dir. uomo 21.02.1984 caso n. 8544/79*, in tema di sanzioni pecuniarie per violazioni stradali. In dottrina si rinvia a C.E. PALIERO, "*Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale*", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985.

<sup>27</sup> C.d. *Engel criteria*.

8.06.1976 caso n. 5100, *Engel/Olanda*<sup>28</sup>, ebbe a fissare i principali criteri sostanziali (alternativi) affinché una sanzione potesse definirsi, per l'appunto, "penale" secondo l'ordinamento sovranazionale<sup>29</sup>, indicandoli nella natura della stessa (funzione punitivo-deterrente), nel sacrificio imposto al cittadino (severo e significativo<sup>30</sup>), nella sua qualificazione (la sanzione deve essere ritenuta come "penale" dal diritto nazionale)<sup>31</sup>.

Secondo l'impostazione tradizionale, come innanzi brevemente illustrato, la sanzione amministrativa, al pari di quella penale, avrebbe natura afflittiva; la procedura contemplata dalla legge n. 689/1981 non sarebbe un procedimento amministrativo canonicamente inteso; il potere esercitato dall'amministrazione in questo caso non sarebbe esercizio del potere discrezionale e, quindi, l'atto sanzionatorio non sarebbe neppure un provvedimento in senso amministrativo.

Cionondimeno la *Cassazione*, con la sentenza n. 1786/2010, è pervenuta sostanzialmente alla conclusione che le valutazioni e la retribuzione dei comportamenti dell'incolpato, relativamente al fatto contestato in sede amministrativa, possano essere restituite in sede giurisdizionale in quanto solo precariamente traslate nell'attività amministrativa e sanzionate con un atto (l'ordinanza ingiunzione) che è solo soggettivamente amministrativo<sup>32</sup>. Linea, questa,

<sup>28</sup> Il principio secondo cui la sanzione, perché sia definita penale ai sensi CEDU, è sufficiente che sia tale per la sua "natura" o perché dotata di una sua relativa "severità", è stato ultimamente ribadito anche dalla sentenza *Corte eur. dir.uomo 14.01.2014, caso 32042/2011, Muslija v. Bosnia Herzegovina punto 26*.

<sup>29</sup> Invero, la qualificazione formale che una data sanzione riceve nell'ordinamento nazionale non è in alcun modo dirimente ai fini della applicabilità delle garanzie convenzionali previste dall'art. 6) CEDU, atteso che, per quanto la Convenzione non vieti agli Stati di stabilire o di mantenere al proprio interno una netta distinzione tra le varie categorie di illecito, da tali classificazioni non discende alcun valore vincolante ai fini del diritto europeo.

<sup>30</sup> R.GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) 2013; G. CANESCHI, *I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extra penale*, in *Diritto penale contemporaneo* n. 2/2016.

<sup>31</sup> Nello stesso senso della sentenza *Grande Stevens*, la giurisprudenza italiana con *Cons. Stato sez. VI, 26.03.2015 n. 1595 e 1596*. Inoltre, secondo le pronunce del *TAR Lazio, sez. II, 27.11.2014 n. 11886 e 11887* (confermate anche in appello) e relative sempre a ricorsi avverso procedure delle Autorità Indipendenti, il procedimento amministrativo teso all'applicazione delle sanzioni *markeabuse* rappresenterebbero solo una prima fase di un unico procedimento, seguita da due successive fasi di natura giurisdizionale (giudizio di opposizione dinanzi alla Corte d'Appello e giudizio innanzi alla Corte di Cassazione), sul punto cfr. B. RAGANELLI, *TAR Lazio Sez.II, 27 novembre 2014 nn. 11886 e 11887*, in *Foro it.*, 2015. Diversa e contraria la risposta in un altro caso in cui il Consiglio di Stato, in via cautelare, aveva, invece, ritenuto accoglibile il ricorso avverso le sanzioni amministrative per violazione di norme del giusto procedimento, *Cons. St., sez. VI, ordinanze 02.10.2014 n. 4491 e 4492*. Sul tema del *full jurisdiction* si rinvia a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in [www.iuspublicum.com](http://www.iuspublicum.com), Dicembre 2014.

<sup>32</sup> Per "equo processo" la Corte EDU intende quel giudizio vincolato alle regole di imparzialità dell'organo decidente, alla autonomia della fase istruttoria da quella decisoria, al contraddittorio delle parti intorno alle prove testimoniali e documentali e all'udienza pubblica di discussione. A livello nazionale la nozione di "giusto

sulla quale si è posta anche la giurisprudenza europea allorché, con la nota sentenza *Grande Stevens* (Corte.eur.uomo 04.03.2014) emessa in tema di sanzioni Consob, pur affermando che le procedure di irrogazione delle sanzioni devono garantire il livello di tutela assicurato dall'art. 6) CEDU, ha tuttavia precisato che tali tutele non debbono essere necessariamente soddisfatte nella fase amministrativa, ben potendo essere recuperate, ai fini convenzionale, nella successiva fase giurisdizionale davanti ad un giudice dotato di *full jurisdiction*, il quale ha la possibilità di riesaminare, punto per punto, in fatto e in diritto, la fattispecie sanzionatoria, ponendo in essere un sindacato pieno e sostitutivo sull'operato dell'amministrazione<sup>33</sup>.

Ma l'approdo a questa conclusione non appare condivisibile, in particolare nel caso del procedimento sanzionatorio ex l. 689/1981, atteso che il mancato riferimento ad un esplicito obbligo di garanzia del "contraddittorio orizzontale" rispetto all'autorità decidente, non può far escludere l'esistenza di un nucleo irrinunciabile di diritti ricompresi nella nozione di "giusto procedimento". Anzi. La tendenza del nostro ordinamento ad assimilare il giusto procedimento al giusto processo è stata normata proprio nella l. 689/81 che, all'art. 18) espressamente sancisce il diritto ad essere ascoltato.

D'altra parte, se è vero che i diritti fondamentali ad un equo processo, consacrati anche dall'art. 6) Corte EDU<sup>34</sup>, per la valenza "sostanziale" loro riconosciuta dalla stessa Corte europea sono stati recepiti nell'ordinamento italiano con la legge n. 241/1990 che ha introdotto in via generale il principio di giusto procedimento<sup>35</sup>, a maggior ragione non è pensabile che, nel procedimento amministrativo di irrogazione di sanzioni amministrative in senso stretto, i diritti partecipativi a

processo" (che al suo interno accoglie e precisa ulteriormente quella di contraddittorio) è stata introdotta dalla legge cost. 23.01.1999 n. 2 e, per quanto sia stata ispirata da ragioni legate al processo penale, le previsioni di carattere generale riportate in particolare nei primi due commi dell'art. 111 Cost., sono riferite anche alla giustizia civile e a quella amministrativa, così G. CONSO, *Conclusioni*, in AA VV, *Il giusto processo*, Milano, 1998.

<sup>33</sup> Al principio del "giusto procedimento", anche in rapporto ai risvolti connessi alla partecipazione e al contraddittorio, è stata riconosciuta, entro certi limiti, valenza costituzionale (Corte Cost. 23.03.2007 n. 103). Sulla rilevanza procedimentale dell'art. 6) CEDU, cfr S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; G.DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi del diritto pubblico globale*, Il Mulino 2009.

<sup>34</sup> S. CIMINI, *Sanzioni amministrative*, op. cit.; A. POLICE, *La tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, op.cit.

<sup>35</sup> M. CHIAVARIO, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo – R.E. Kostoris, Torino, 2008 (richiamato nella Nota n. 27 da G. CANESCHI, *I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extra penale*, in *Diritto penale contemporaneo* n. 2/2016).

valenza specificamente “difensiva”, possano essere postergati<sup>36</sup>. Non sembra affatto essere questa la *funzione maieutica* svolta della Corte di Strasburgo che pure la dottrina ha riconosciuto alle sentenze del giudice europeo (*Corte EDU*)<sup>37</sup>.

Quanto sia fondamentale ed irrinunciabile il diritto partecipativo nel modello procedimentale regolato dalla legge sulla depenalizzazione, lo si comprende anche guardando alla misura della sanzione comminata, che può essere notevolmente gravosa, e ciò vale non solo per quella principale, che è pecuniaria, ma anche per quella accessoria che può portare alla sospensione della carica sociale ricoperta dall'incolpato.

A tal proposito è emblematico l'atteggiamento prudentiale assunto dalla Corte di Strasburgo la quale, sebbene in tema di sanzioni accessorie, ha esortato ad una certa cautela nel sostenere l'ammissibilità della compensazione, in sede processuale, di carenze afferenti garanzie procedurali<sup>38</sup>. Medesima cautela che, a nostro avviso, deve valere anche nella applicazione della sanzione principale, poiché è fondamentale che i processi di adattamento di sistemi giuridici diversi, come in questo caso, avvengano in un quadro di massima coerenza.

Un altro singolare “adattamento” delle norme interne al diritto sovranazionale, ha riguardato l'istituto della confisca di veicolo utilizzato dal conducente responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza. Infatti, sebbene nel nostro sistema penale la confisca di un bene sia normalmente inquadrata come misura di sicurezza (al fine di evitare il rischio che il bene possa essere riutilizzato per commettere altri reati), i giudici costituzionali hanno invece qualificato tale istituto, contemplato nel Nuovo Codice della Strada (Dlgs 285/1992), come misura accessoria, riconnettendo alla stessa una funzione sanzionatoria e meramente afflittiva (*Corte Cost. 04.06.2010 n. 196*)<sup>39</sup>; e ciò per il fatto che la confisca non solo è applicabile a

<sup>36</sup> B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela de contraddittorio procedimentale*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 4/2015.

<sup>37</sup> La Consulta ha osservato che in vista della qualificazione di un provvedimento come sanzione penale, la Corte europea abbia attribuito alternativamente rilievo a tal fine o alla natura stessa dell'illecito ovvero alla gravità, o meglio, dal grado di severità della sanzione irrogata (*Corte Cost. 04.06.2010 n. 196*).

<sup>38</sup> Questo importante assunto era stato già affermato dalla giurisprudenza europea e richiamato anche nella sentenza della C.Cost.n.196/2010. Ci si riferisce alla sentenza della *Corte eur.dir.uomo del 9.02.2005, causa n. 307-A/1995, caso Welch v. The United Kingdom* in una ipotesi di confisca per equivalente.

<sup>39</sup> In particolare, la dottrina pur riconoscendo che, se per garantire l'effettività del diritto della Convenzione è fuor di dubbio la necessità di adattare i principi della Convenzione europea alle norme nazionali, ha tuttavia sottolineato che sarebbe opportuna una maggiore prudenza laddove ci si confronti con fattispecie sanzionatorie amministrative di dubbia natura afflittiva-special-preventiva, in tal senso A. TRAVI, *Corte cost. 4 giugno 2010 n. 196*, in *Giur.cost.*, 2010. A sottolineare la portata trasformatrice dell'approccio sostanzialistico ed antielusivo

prescindere dalla utilizzabilità del mezzo (perché incidentato o temporaneamente inutilizzabile) ma anche perché la sua operatività non impedisce all'imputato di impiegare altri veicoli. Peculiare inquadramento, questo, che si riflette anche sulla questione della retroattività della sua applicazione. Ma la cosa che sembra di maggior interesse, ai fini della incidenza del diritto europeo nel nostro impianto giuridico, è che proprio affrontando la questione delle sanzioni reali di confisca di beni, con la sentenza sul caso Welch, sia stata sdoganata l'idea stessa della incompatibilità della finalità punitiva (propria del caso Engel)<sup>40</sup>.

Non senza suscitare perplessità in dottrina<sup>41</sup> è infatti emersa l'idea che il concetto di sanzione penale, rilevante ai fini CEDU, ben tollerato al suo interno la compresenza di finalità sia afflittive-dissuasive, sia di cura concreta dell'interesse pubblico<sup>42</sup>, facendo registrare una presa di posizione distante anni luce dal concetto nazionale di sanzione amministrativa che invece, come si è avuto modo di mettere in rilievo, depura la funzione amministrativa punitivo-afflittiva da ogni contenuto discrezionale e, quindi, di cura dell'interesse pubblico<sup>43</sup>. Posizione quest'ultima che,

---

imposto dalla CEDU e recepito dalla consulta, anche V. MANES, *La confisca punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario di una "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011.

<sup>40</sup> D'altra parte, che la funzione svolta dalle sanzioni amministrative non si esaurisca nell'accertamento e nella punizione delle infrazioni, ma si qualifichi anche come strumento di tutela (indiretta) di uno specifico *interesse pubblico*, è stato sottolineato pure dalla Corte Costituzionale allorché ha affermato che le sanzioni amministrative, a differenza di quelle penali, costituiscono un momento ed un mezzo di cura dei concreti interessi pubblici affidati all'amministrazione (*Corte Cost. 14.04.1998 n. 447*).

<sup>41</sup> In tal senso si richiamano G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino 1924; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, op.cit.; C.E. PALIERO-A. TRAVI, *Sanzioni amministrative* (voce), op.cit. Ad ogni modo, come sottolineato dalla sentenza *Corte eur.dir.uomo 9.10.2003 casi nn. 39665/98 e 40086/98, Ezeh v. United Kingdom*, va ricordato che, a differenza del nostro sistema giuridico, nella gran parte degli ordinamenti, la sanzione penale non serve affatto solo a perseguire un'astratta finalità di giustizia retributiva, ma bensì e soprattutto, anche a prevenire la futura ripetizione di illeciti lesivi del medesimo bene; finalità generale o special preventiva imposta in Italia dall'art. 27) co. 3 Cost. a tenore del quale "*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*". Questo a dimostrazione che a finalità preventiva e quella punitiva non sono affatto in contrasto.

<sup>42</sup> S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Editoriale Scientifica, 2017, muovendo dall'assunto che il carattere afflittivo di una misura non è incompatibile con l'esercizio di una funzione amministrativa, mette in luce come le sanzioni amministrative siano espressione di un potere autoritativo che può essere anche discrezionale e che l'eventuale discrezionalità lasciata dal legislatore nell'esercizio del potere sanzionatorio va necessariamente spesa dalla P.A. prima dell'irrogazione delle sanzioni. L'Autore sottolinea come questa prospettiva sia compatibile con i principi generali dell'illecito amministrativo, con la giurisprudenza europea e con la giurisdizione di merito attribuita, nella materia in esame, al giudice nazionale. Inoltre, chiarisce come il riconoscimento della natura amministrativa del potere sanzionatorio implica che ad esso si debbano applicare i principi generali del procedimento amministrativo e mostra come valorizzando tali principi, in particolare il principio del giusto procedimento, ed applicando la normativa nazionale, più che l'art. 6) CEDU, sia possibile arrivare ad una procedura amministrativa sanzionatoria giusta ed equa.

<sup>43</sup> Legge 28 dicembre 2005, n. 262: *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*".

tuttavia, come ha osservato attenta dottrina, proprio sotto la spinta della CEDU meriterebbe di essere rimedia<sup>44</sup>.

#### **4. ... dalla prospettiva del diritto amministrativo.**

Fin qui si è ragionato prendendo a modello il procedimento-tipo dettato dalla legge n. 689/1981. Tuttavia il procedimento sanzionatorio è comunque un procedimento amministrativo ed in quanto tale non può sottrarsi ai principi generali dettati dalla legge n. 241/1990, come emerge anche dal testo dell'art. 24) della legge n. 262/2005<sup>45</sup> laddove infatti il legislatore ha espressamente disposto che, ai procedimenti amministrativi per l'adozione di provvedimenti individuali delle Autorità Indipendenti nel settore finanziario, si applicano, in quanto compatibili, i principi sul responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti dettati dalla legge n. 241/1990<sup>46</sup>. E proprio questi *principi* costituiscono la chiave di volta della evoluzione che, sotto la spinta propulsiva del diritto comunitario, nell'ultimo trentennio ha interessato l'ambito del diritto amministrativo, portando questa disciplina a maturare una visione nuova dei rapporti tra autorità amministrativa e amministrati, non solo dal punto di vista sostanziale<sup>47</sup> ma pure sotto il profilo processuale<sup>48</sup>, ponendo al centro del sistema il

---

<sup>44</sup> Parte della giurisprudenza ritiene inapplicabile i principi della legge 241/1990 ai procedimenti sanzionatori di cui alla legge n. 689/1981 e, ciò, non solo per via della asserita natura di *lex specialis* della legge sulla depenalizzazione, ma anche per il fatto che tale legge prevederebbe un livello di tutela dell'interessato non inferiore al *minimum* assicurato dalla legge sul procedimento (Cass. 15.05.2007 n. 11115). Circostanza, questa, smentita tuttavia dalla mancanza della fissazione normativa di un termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio che, quindi, è stato fissato, in via pretoria, in quello prescrizione di cinque anni, con un inevitabile allentamento delle garanzie di certezza e celerità dell'azione amministrativa sancite a livello comunitario nonché dalla legge 241/1990.

<sup>45</sup> Si ricorda come proprio l'istituto della "partecipazione" abbia assunto una nuova dimensione all'interno del procedimento, non essendo più relegato, come era in origine, a fornire all'amministrazione un apporto in termini meramente collaborativi, ma rispondendo, piuttosto, ad un'analoga di garanzia di più ampio respiro non differente, nella sostanza, da quella di cui all'art. 24 Cost.

<sup>46</sup> Soprattutto a partire dalla legge n. 104/2010 con la sempre più frequente estensione dell'oggetto del giudizio al "rapporto", cfr. *C. Cost. n. 179/2016* e *Cons. Stato A.P. n. 3/2011*.

<sup>47</sup> Si osservi che nell'ordinamento italiano il procedimento è stato generalmente valutato "giusto" se, al suo interno, gli interessati erano posti in grado di esporre le proprie ragioni e di esperire i propri rimedi, così *Corte Cost. 02.03.1962 n. 13*.

<sup>48</sup> La più autorevole dottrina aveva già osservato che "il contraddittorio" è un principio giuridico di carattere costituzionale che rileva ogni qualvolta la funzione svolta sia retta dalle ragioni di imparzialità, come è nel caso del procedimento amministrativo, cfr. F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (principio del)* (*dir. amm.*), in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961. Tuttavia, la Consulta (*Corte Cost. 02.03.1962 n. 13*) riconobbe al *giusto procedimento* solo valore di principio dell'ordinamento giuridico dello Stato e, in quanto tale, vincolante

cittadino, con la sua sfera di interessi personali da perseguire e di tutele da veder assicurate. Anzi, proprio questa nuova centralità ha finito per sdrammatizzare il tema stesso della mancata costituzionalizzazione, nel diritto nazionale, del principio di giusto procedimento<sup>49</sup>; principio che trova invece esplicita affermazione nella legge 241/1990<sup>50</sup>.

È noto che la resistenza della giurisprudenza costituzionale e amministrativa nel riconoscere, per lungo tempo, pienezza di tutela alle situazioni giuridiche soggettive, è da ricondurre ad una impostazione sistematica che colloca l'interesse pubblico in una posizione di supremazia rispetto all'interesse dei privati ad esso contrapposti<sup>51</sup> e che, esaltando del momento procedurale i suoi profili di autorità, considera il procedimento e il processo come due entità nettamente separate, in quanto rispondenti a funzioni diverse, in una logica di potestà il primo e di garanzia il secondo. Va da se che, in questo modo, il principio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., che sottende come irrinunciabile il contraddittorio, non può che essere relegato al solo ambito processuale<sup>52</sup>.

Ma è stato proprio grazie alla emanazione della legge n. 241/1990 (soprattutto nella sua prima stesura<sup>53</sup>) che nel nostro ordinamento hanno fatto ingresso principi comunitari tesi a valorizzare e garantire la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, nell'ottica di quello che era il pensiero del suo padre

esclusivamente per il legislatore regionale. La giustizia amministrativa, invece, per lungo tempo non solo ha negato valore costituzionale al giusto procedimento, ma non ne ha riconosciuto neppure il valore di principio generale dell'ordinamento, Cons.Stato, sez.IV, 20.01.2004 n. 1559. Tuttavia, negli anni '80 si è registrata una rivalutazione del suddetto principio al punto da riconoscere alla partecipazione procedimentale *funzione integrativa* anche di procedimenti amministrativi disciplinati da disposizioni anteriori (C.Cost. n. 57/1995). La Corte Cost., con il successivo *arresto n. 210/1995*, ha affermato il principio del giusto procedimento come un "*criterio di orientamento tanto per il legislatore quanto per l'interprete*". Sul tema, si segnala A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016; G. SCIULLO, *Il principio del "giusto procedimento" tra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, Jus, XXXIII, 1986; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazione della Costituzione*, in *giustamm.* agosto 2020.

<sup>49</sup> S. MANGIAMELI, "*Giusto procedimento" e "giusto processo"*. *Considerazioni sulla giurisprudenza amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, Conferenza giuristi cattolici, Roma, 2009.

<sup>50</sup> G. SCIULLO, *Il principio del "giusto procedimento"*, *op.cit.*

<sup>51</sup> È stato osservato come con la legge n. 15/2005, che nella legge 241/1990 ha introdotto l'art. 21 *octies*, l'efficienza è parsa prevalere sulla garanzia e sulla democratizzazione, atteso che, privilegiando i profili sostanziali a quelli formali, il comma 2 di tale articolo ha consacrato una sorta di sanatoria processuale della mancata comunicazione di avviso di avvio di procedimento, operando di fatto uno svuotamento della regola sulla partecipazione procedimentale, G. MANFREDI, *Giusto procedimento*, *op.cit.*

<sup>52</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv.dir.proc.*, 1980.

<sup>53</sup> *Cons. Stato, sez.V, 10.01.2007 n. 36.*

fondatore, Mario Nigro, il quale muovendo da una prospettiva opposta a quella fino ad allora condivisa dalla dottrina, aveva già colto la profonda affinità tra procedimento e processo nella prospettiva della tutela del cittadino. L'autorevole autore affermava che la legge di codificazione del procedimento amministrativo doveva essere costruita non come una semplice silloge di regole di azione indirizzate alla P.A. (secondo la tradizionale ed oramai superata dicotomia guicciardiana, *norme di azione* e *norme di relazione*), ma con l'ambizione di porsi come strumento per l'affermazione di una nuova e originale concezione della relazione tra amministrazione e amministrati; il che significava spostare l'attenzione dal provvedimento amministrativo in sé considerato "al suo farsi"<sup>54</sup>. È chiaro che, in quest'ottica, centralità di ogni procedimento divenivano la fase preparatoria e quella dell'istruttoria, con l'ulteriore vantaggio di consentire anche un più efficace controllo giudiziale sull'attività dell'amministrazione.

E, tra i principi generali del diritto comunitario che hanno contribuito al *remake* del modello tradizionale di procedimento amministrativo, vi è *in primis* l'art. 41) della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea il quale, nel garantire le istanze di una "buona amministrazione", al comma 2, lettera a) prevede "il diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio". Tale dato testuale va ad integrarsi, sotto il profilo logico-sistematico, con gli articoli 47) e 48) della Convenzione EDU i quali impongono la tutela, dinanzi al giudice, dei diritti di difesa e di tutti gli altri diritti riconosciuti a livello europeo.

Un ulteriore contributo in questa direzione è arrivato anche da una lettura in termini sostanziali dell'art. 6) CEDU il quale, sebbene contenga le regole affinché l'*accusato* possa avere diritto ad un "processo equo", viene applicato dalla Corte europea anche alla fase stragiudiziale del rapporto tra cittadino e P.A., ovvero al procedimento amministrativo<sup>55</sup>. Ciò è stato possibile grazie alla interpretazione che la Corte di Strasburgo ha fornito della nozione di "tribunale" ivi richiamata privilegiandone i profili funzionali (piuttosto che quelli organizzativi), in ragione del

---

<sup>54</sup> F.GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013.

<sup>55</sup> Sulla impostazione formale del procedimento amministrativo cfr. A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; F. PADRONI GRIFFI, *Il procedimento amministrativo ieri, oggi e domani*, in *Federalismi*, n. 3/2015.

fatto che l'effetto di modificazione prodotto da un provvedimento amministrativo non è diverso da quello prodotto da una sentenza. Infatti, tanto nel processo, quanto nel procedimento, il *tribunale* (organo decidente) pronuncia una decisione in grado di produrre una modificazione della realtà esterna con effetti potenzialmente lesivi della sfera giuridica dei soggetti terzi <sup>56</sup>.

Applicare in ambito amministrativo l'art. 6) CEDU ha significato quindi tendere alla costruzione di un sistema mirante ad assicurare la garanzia del contraddittorio procedimentale e, di conseguenza, una tutela "effettiva" del cittadino nei confronti dell'amministrazione. Tutto questo ha contribuito ad una trasformazione del modo di intendere il rapporto tra potere costituito e amministrati il quale, da una concezione *formale*<sup>57</sup> (in cui centrale era il provvedimento), passando per una impostazione *funzionale* (ove il procedimento era inteso come luogo di trasformazione del potere) è approdato ad una concezione *garantistica*, poi recepita dal legislatore italiano del 1990, in cui il procedimento diviene la sede in cui al privato è assicurata la rappresentanza e la tutela dei propri interessi.

Quindi, quello che sotto la lente del diritto comunitario cambia, rispetto al tradizionale modo intendere il principio di buona amministrazione, è che ora tale principio non è più letto in funzione della efficacia della pubblica amministrazione ("*ex parte principis*") ma, piuttosto, in funzione dei diritti dei cittadini ("*ex parte civis*")<sup>58</sup>, attuandosi così, nel nostro diritto nazionale, quel meccanismo che va sotto il nome di *spillover effect*, per cui un principio di carattere generale, sancito a livello comunitario, pervade positivamente anche il diritto nazionale dei singoli paesi

<sup>56</sup> Sul punto si rinvia a S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione (relaz. alla «Giornata sul diritto alla buona amministrazione» per il 25° anniversario della legge sul «Sindic de Greuges» della Catalogna*, Barcellona, 27 marzo 2009 in [www.Irpa.eu](http://www.Irpa.eu).

<sup>57</sup> D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di Mario Chiti, Milano, 2013 il quale spiega che per effetto di tale meccanismo è possibile ritenere che il livello di garanzia solennemente prescritto dal diritto euro-unitario, si "comunichi", beneficamente, anche al diritto interno, attivando risorse latenti nel dettato costituzionale, perfettamente in grado di recepirne gli effetti e di legittimarli ad ogni livello dell'azione amministrativa.

<sup>58</sup> Il riferimento è al fenomeno delle privatizzazioni e liberalizzazioni, alla eterogeneità dei modelli organizzativi della P.A., alla espansione della funzione di regolazione, all'impiego di moduli atipici anche nel diritto amministrativo, all'ingresso di tecniche procedurali, all'ingresso di soggetti privati nell'esercizio della funzione pubblica, all'utilizzo di moduli privatistici, alla partecipazione non più relegata nell'ottica meramente collaborativa e oppositiva ma anche come partecipazione attiva al bene comune, nella elaborazione di nuovi modelli pluralistici, paritari e relazionali, ispirati alla c.d. *sussidiarietà orizzontale*, ecc.

membri, soprattutto quando lo stesso è coerente con l'assetto costituzionale ivi vigente<sup>59</sup>.

La legge 241/1990, impregnata della visione comunitaria, rappresenta allora l'emblema di una svolta culturale nel modo di concepire non solo il rapporto "pubblica amministrazione-privato" ma, prima ancora, quello tra "interesse pubblico-interesse privato"; binomi questi che, dalla dottrina più illuminata, sono ora posti non più in termini di contrapposizione ma piuttosto di "relativa" paritarietà (nel primo caso) e di compenetrazione (nel secondo caso).

Sebbene non sia questa la sede per indagare il tema delle ragioni storico-politiche che hanno portato a questo cambio di prospettiva nel rapporto tra amministrazione pubblica e cittadini, dovuto sostanzialmente ad una crisi della democrazia rappresentativa, sta di fatto che tale fenomeno ha indotto alla ricerca di nuovi canali di partecipazione<sup>60</sup>. Ed è proprio da questo nuovo processo di democratizzazione della vita pubblica che bisogna partire per comprendere i mutamenti in atto cui innanzi si è accennato<sup>61</sup>.

In un modello di governance multilivello come quello che attualmente tipizza i sistemi giuridici occidentali, una rappresentazione dell'*interesse pubblico* nei termini tradizionalmente intesi, ovvero come "*codice operativo capace di guidare, ordinare ed orientare in modo unitario e coerente la valutazione degli interessi emergenti nei singoli contesti problematici*"<sup>62</sup>, è chiaramente semplicistica ed inattuale, per la ragione che l'interesse pubblico non è, e non può configurarsi semplicemente come una nozione "preconfezionata", ovvero un valore in sé, e tanto meno un valore superiore o contrapposto a quello privato.

Secondo un'accezione più moderna, l'interesse pubblico è allora da considerare anch'esso nel suo "farsi", in quanto designa il risultato di una valutazione e di un apprezzamento specifici dell'amministrazione, condotti in base ad una norma e avente per oggetto interessi privati o comunque interessi tra loro omogenei. Detto altrimenti, corrisponde a quell'interesse che l'amministrazione identifica come

---

<sup>59</sup> Per un'interessante analisi della partecipazione letta in questa chiave, si rinvia a F. SCIARRETTA, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali pubblici quale forma di legittimazione dei poteri pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

<sup>60</sup> A. TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro Italiano*, 1997.

<sup>61</sup> Sul punto si rinvia a G. GRECO, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, in Contessa-Greco *L'attività amministrativa e le sue regole*, Piacenza, 2020.

<sup>62</sup> G. GRECO, *Le situazioni giuridiche, op.cit.* che, a nota 25, rinvia a A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013.

*prevalente* alla stregua di una norma e in coerenza con il canone della imparzialità, per l'attuazione del potere discrezionale.

Un contributo fondamentale a questa nuova dimensione dell'interesse pubblico, è arrivato dalla affermazione della natura sostanziale dell'*interesse legittimo* la cui tutela, per lungo tempo confinata alla sfera processuale dall'art. 3) della LAC (legge n. 2248/1865), e poi assunta a valore costituzionale dagli articoli 24) e 113) Cost<sup>63</sup>, viene ora riconosciuta e garantita dalla legge 241/1990, grazie anche alla valorizzazione della partecipazione procedimentale, come situazione giuridica autonoma e non più ancillare o strumentale rispetto al canone dell'interesse pubblico<sup>64</sup>. Per completezza va detto che tale processo di emancipazione è stato favorito, inoltre, dalla definitiva caduta del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi<sup>65</sup> che ha inciso, non solo su un ripensamento delle tecniche di tutela predisposte e consentite dall'ordinamento (così riducendo la distanza, sotto il profilo delle garanzie di tutela, tra diritti soggettivi e interessi legittimi), ma ha spinto la riflessione della dottrina sugli elementi strutturali di questi interessi e, segnatamente, sull'oggetto della situazione giuridica soggettiva, ove coinvolta nell'esercizio delle funzioni istituzionali da parte della P.A.

---

<sup>63</sup> Si ricorda come questo importante passaggio è avvenuto grazie alla storica sentenza C.Cass. SS.UU. 22.07.1999 n. 500, la quale tuttavia, dopo aver affermato la risarcibilità degli interessi legittimi ed offrendo così una lettura innovativa dell'articolo 2043 c.c. (ovvero, ammettendo la risarcibilità a causa della lesione di un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante), precisava che ciò non implicava automaticamente la risarcibilità della categoria generale degli interessi legittimi, ma occorreva che l'interesse al bene della vita leso fosse considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. In dottrina è stato sottolineato l'importanza di questo passaggio della sentenza della Cassazione, atteso che, da un lato si riservava al giudice amministrativo il potere di verificare, attraverso un giudizio prognostico, i casi di esistenza o meno di un danno *contra jus* (prevenendo così una eccessiva esposizione delle finanze pubbliche a iniziative risarcitorie), dall'altro però, la nozione di interesse legittimo veniva sdoppiata, tale situazione giuridica configurando sia un potere in grado di incidere sull'azione amministrativa, sia un interesse al "bene della vita", il quale costituiva, in realtà, l'interesse sostanziale del privato al cui perseguimento i suddetti poteri e le facoltà erano funzionali, così F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000. Sul punto cfr anche A.RALLO, "Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi", Relazione al Convegno pubblicata nell'omonimo volume con il titolo "Il risarcimento degli interessi ed il "valore" del contenimento della spesa pubblica", Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004; L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007 n. 4; A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foto it.*, 1999.

<sup>64</sup> A questo proposito si deve segnalare che in dottrina gli orientamenti circa il momento in cui nasca il rapporto amministrativo, sono contrapposti. Infatti, c'è chi sostiene che il rapporto tra P.A. e amministrati nasca con il primo atto di esercizio del potere, ovvero con l'avviso di avvio del procedimento, e chi, invece, ritiene che la relazione sia preesistente allo stesso esercizio del potere.

<sup>65</sup> Per una più ampia disamina sulla particolarità e solo apparente anomalia strutturale del rapporto amministrativo rispetto alla categoria giuridica civilistica del rapporto obbligatorio, si rinvia a G. GRECO, *Le situazioni giuridiche*, op.cit.

Infatti, con la codificazione del procedimento amministrativo l'istituto della partecipazione del cittadino, oltre a rappresentare un principio di carattere generale (salvo le eccezioni espressamente enumerate dall'art. 13 della legge 241/1990), assurge ora a diritto fondamentale, in quanto afferente ai livelli essenziali delle prestazioni, così come consacrato dall'art. 117 co. 2 lett. m) Cost. (art. 29 co. 2bis L. 241/1990).

Quanto al rapporto tra interesse pubblico e interesse privato, posto che il primo non esiste in natura come affermazione dogmatica, lo stesso non si dipana sempre in termini di assoluta e costante prevalenza della sfera pubblica su quella del privato, atteso che non è contemplata legalmente una gerarchia tra interessi che siano tutti costituzionalmente rilevanti. Allo stato attuale, quindi, a designare un interesse come pubblico è il risultato dello scontro, confronto e contemperamento di posizioni differenziate in una determinata situazione, in cui la scelta dell'interesse da privilegiare nello specifico, è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione sulla scorta della norma attributiva del potere. Il che implica che l'interesse pubblico è conformato, imprescindibilmente, anche attraverso il contraddittorio dei soggetti coinvolti nel procedimento.

Ma quel che è più interessante in questa nuova visione della relazione tra portatori di interessi pubblici e portatori di interessi privati, è che si tratta di situazioni giuridiche entrambe "attive": il che decreta il definitivo superamento di quel rigido binomio "potestà-soggezione" che aveva da sempre connotato la disciplina pubblicistica.

Ciò fa sì che, nel rapporto tra amministrazione e amministrati <sup>66</sup> la contrapposizione delle situazioni giuridiche non è sempre un elemento coesistente, ben potendo, siffatta relazione, realizzarsi nella sintesi di regole che governano la fattispecie concreta in vista di un obiettivo comune<sup>67</sup>. Non può sfuggire, allora, come

---

<sup>66</sup>Di contrario avviso la dottrina che, invece, opta per una visione assolutamente paritaria delle situazioni giuridiche soggettive nel rapporto amministrativo, riconducendo tale relazione nella tradizionale dinamica di stampo civilistico *diritto-obbligo* e ritenendo, altresì, l'interesse pubblico nonché il potere discrezionale, afferente al mero profilo interno dell'organizzazione amministrativa, così A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubblico*, 1999; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al giudizio di esecuzione*, Milano, 2003.

<sup>67</sup> Per vero la categoria degli interessi procedurali era stata enucleata, in dottrina, già anteriormente all'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo, in virtù di previsioni normative che consentivano o imponevano, nell'iter istruttorio, l'introduzione di fatti, giudizi e pareri tecnici che la pubblica amministrazione doveva valutare in vista dell'adozione del provvedimento amministrativo. Già all'epoca il dibattito dottrinale divideva chi riteneva che si trattasse di autonomi interessi legittimi e chi invece negava tale

tale tipologia di rapporto giuridico corrisponde a quella tipica del diritto amministrativo, atteso che *proprium* della funzione amministrativa è, per l'appunto, l'individuazione della miglior forma di composizione degli interessi pubblici e privati in vista del raggiungimento degli obiettivi prefissati dalla legge.

E' evidente come questa relazione sia il portato di due momenti fondamentali del procedimento amministrativo, ovvero una fase che vive al suo interno e che, riassumendo facoltà, oneri e obblighi in capo ai soggetti in essa coinvolti, possiamo definire *rapporto procedimentale in senso proprio*, ed un'altra fase che, invece, riguarda la relazione tra gli interessi contrapposti rispetto al bene della vita che i privati aspirano a conservare o conseguire, e che rappresenta il *rapporto amministrativo sostanziale*. Ma, seppur declinato in questi termini, il rapporto amministrativo vede comunque al suo interno una sorta di *asimmetria* delle situazioni giuridiche che in esso vivono. Infatti, se è innegabile che l'influenza della partecipazione procedimentale nella definizione dell'interesse pubblico, come pure l'affermata risarcibilità dell'interesse legittimo, abbiano allentato la rigidità ed impenetrabilità dei due comparti (quello pubblico e quello privato), la indisponibilità del potere pubblico resta un elemento ineliminabile, così come indefettibile resta la presenza dell'interesse pubblico nel rapporto procedimentale, affatto relegabile alla sola funzione organizzativa<sup>68</sup>.

D'altra parte, la impraticabilità di una assoluta paritarietà delle posizioni giuridiche nel rapporto amministrativo deriva dalla stessa funzionalizzazione dell'azione amministrativa, da intendere, naturalmente, come vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico e non certo come *status* costituzionale di privilegio della p.a.. Asimmetria in disparte, la peculiarità del rapporto amministrativo nel senso innanzi descritto non esclude affatto una emancipazione degli obblighi procedimentali<sup>69</sup> (e in specie quello della partecipazione), da intendersi cioè, non solo come obblighi di mezzi (in relazione all'esito conclusivo della procedura avviata) ma, in relazione al bene della vita protetto, come veri e propri

---

impostazione. Tra chi era favorevole alla prima opzione, la riflessione si appuntava sul rapporto corrente tra questi interessi procedimentali e l'interesse legittimo vero e proprio. Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1963; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972.

<sup>68</sup> F. GAFFURI, *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Dir. amm.*, 2012.

<sup>69</sup> A. ROMANO TASSONI, *Situazioni giuridiche soggettive, (diritto amministrativo)* in *Enc. dir. Aggiorn.*, II, Milano, 1998.

obblighi di risultato<sup>70</sup>. E' chiaro che l'attribuzione alle pretese e alle facoltà procedurali della dimensione di diritti soggettivi - dalla quale chiaramente scaturiscono precisi obblighi per l'amministrazione pubblica, al di là dell'interesse per il perseguimento del bene della vita cui aspira il privato nell'ambito del procedimento - assume un rilievo specificamente *oggettivo*, considerata l'emersione di una vera e propria esigenza di tutela della dignità del cittadino in quanto tale, meritevole di piena garanzia laddove la stessa risulti lesa a causa di scorrettezze e violazioni procedurali commesse dall'amministrazione, e ciò a prescindere dalla definizione in senso favorevole o meno del procedimento stesso<sup>71</sup>. In questa prospettiva, l'esigenza di salvaguardare prerogative dei cittadini - come le facoltà partecipative - elevate al rango di diritti fondamentali grazie alla legge 241/1990 (modificata dalla novella del 2009 in coerenza con l'art. 117 Cost.)<sup>72</sup>, non può che significare la volontà legislativa di un rafforzamento della tutela degli amministrati, con conseguente ridimensionamento della "disponibilità" dell'interesse pubblico; dato, questo oramai acquisito dalla stessa giurisprudenza costituzionale<sup>73</sup>.

E' proprio nella nuova visione del procedimento amministrativo, inteso come luogo in cui si snoda il rapporto tra amministrazione e cittadino, che il principio del giusto procedimento finisce per assumere la medesima valenza di quello dell'"*equo processo*" sancito dall'art. 6) CEDU.

Il che porta a concludere che oramai anche nel modello procedimentale amministrativo generale, il principio di partecipazione ha assunto una valenza non derogabile poiché afferente ai livelli essenziali delle prestazioni, rendendo di conseguenza irrilevante il fatto che le disposizioni normative che lo contemplanonon si esprimano in termini così chiari e netti come invece è per il procedimento sanzionatorio di cui alla legge 689/1981 (art. 18).

In sostanza i due procedimenti-tipo posti a confronto, ovvero quello disciplinato dalla legge 689/1981 e quello regolato dalla legge 241/1990, soprattutto alla luce del sistema di diritto comunitario, non sembrano presentare sostanziali differenze e, ciò,

<sup>70</sup> Si ricorda che l'art. 29) comma *2bis* della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 69/2009, richiama i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" ai sensi dell'art. 117 Cost. comma 2 lettera m) Cost.

<sup>71</sup> *Corte Cost.* 27.12.2018 n. 246.

<sup>72</sup> Grande Chambre il 9 gennaio 1995 nella causa n. 307-A, Welch contro Regno Unito; Corte eur.dir.uomo, sentenza 27.09.2011, Ricorso n. 43509/08 - A. Menarini DiagnosticsSrl c. Italia.

<sup>73</sup> A.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Tor Vergata, Giuffrè, 2004; R.FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017

non solo rispetto al profilo del diritto al contraddittorio procedimentale, ma pure a quello della funzione svolta, dal momento che le corti europee, in tema di sanzioni amministrative, non escludono affatto la presenza del potere punitivo (tipico del sistema penale) e del potere di cura dell'interesse pubblico (proprio del sistema amministrativo)<sup>74</sup>.

Stando così le cose, è chiaro che il diritto ad essere ascoltato di cui alla legge n. 689/1981, anche se riguardato dalla prospettiva della disciplina amministrativistica, assume valenza inalienabile ed irrinunciabile, la cui violazione comporta, pertanto, un vizio del procedimento sanzionabile con l'annullabilità del provvedimento emesso, essendo irrilevante il fatto che nel procedimento sanzionatorio il giudizio verta sul fatto e non sull'atto.

Il diritto di difesa del cittadino, quale anticipazione in sede procedimentale del contraddittorio processuale diventa, in questo modo, coesistente alla dialettica autorità-libertà (C.Cost. n. 103/2007), tanto ciò è vero che già nel 1999 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, facendo proprie le parole della C.Cost. n. 210/1995, aveva già riconosciuto al giusto procedimento la natura di "*criterio di orientamento sia per il legislatore sia per l'interprete*" (Cons.St. A.P. 15.09.1999 n. 14).

Inteso come "parità delle armi", e letto l'art. 97) Cost. sotto una rinnovata luce, il giusto procedimento assume un valore sistemico in perfetta sintonia con il principio, di derivazione comunitaria, di *effettività della tutela*, di conseguenza sottratto alla disponibilità del legislatore ordinario<sup>75</sup>. Proprio questo elemento, ovvero la indisponibilità, da parte del legislatore ordinario, rispetto a previsioni normative poste a presidio di garanzie "blindate" come quella del contraddittorio procedimentale, porta a ritenere che non risulta oramai più convincente ma che, anzi, sia decisamente da rimeditare, la posizione della unanime giurisprudenza della Cassazione incline a contenere lo spazio concesso alle garanzie procedurali in nome della *effettività dell'azione amministrativa* (C.C.SS.UU.n. 20935/2009) che, allo stato dell'arte, non sembra potersi più porre in contrapposizione alla *effettività della tutela del cittadino*. Opinare diversamente finirebbe per rappresentare una grave

<sup>74</sup> G. BERGONZINI, *Art. 21 octies della legge 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir.amm.* 2007 n. 2.

<sup>75</sup> M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; A. RALLO; *Comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10 bis L. 241/90 e partecipazione post-decisionale: dal contraddittorio oppositivo al dialogo sul possibile*, in *AA. VV. "Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo"*, a cura di F. Liguori, Monduzzi Editore, Bologna, 2007.

battuta d'arresto nel procedimento di adeguamento dei procedimenti delle autorità amministrative italiane ai principi della CEDU (*Tar Lazio Roma, I, 16.05.2012 n. 4455, 4456, 4457*).

Infine, va segnalato come - all'indomani della introduzione, nella l. 241/1990, dell'art. 21 *octies* che al co. 2 codificava la irrilevanza dei vizi formali in tutti quei casi in cui risultasse chiara la loro non incidenza sulla definizione dell'assetto sostanziale degli interessi implicati nell'azione amministrativa<sup>76</sup> - dottrina più attenta aveva mostrato già non poche preoccupazioni in ordine alle ripercussioni di tale normato sul processo di valorizzazione del rapporto amministrativo sostanziale in atto, mettendo in guardia circa i rischi connessi ad una interpretazione "estrema" della c.d. dequotazione dei vizi formali e procedurali, che portava la giurisprudenza a ritenere sanabile, ai sensi del comma 2 dell'art. 21 *octies*, l'omissione del preavviso di rigetto di cui al comma 10 *bis* della legge n. 241/1990<sup>77</sup>.

Questo problema pare possa dirsi oggi superato grazie al D.L. 76/2020<sup>78</sup> il quale, all'art. 12 co. 1 lett. i), stabilisce che la disposizione del secondo comma dell'art. 21 *octies* non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'art. 10 *bis*, e quindi proprio nella fase procedimentale in cui il contraddittorio è maggiormente avvertito come un diritto del cittadino non sacrificabile alle logiche di una asserita "efficienza amministrativa".

<sup>76</sup> Decreto legge 16.07.2020 n. 76 "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale".

<sup>77</sup> Cfr., per tutti, R. CANTONE-E. CARLONI, *Che cosa è la corruzione?*, in IIDD., *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, 13 ss., spec. 14 ss., i quali evidenziano la natura polisemica del lemma "corruzione", sottolineandone la rilevanza sul piano, oltre che giuridico, anche naturalistico ed etico-sociale (14-15 e 22-24).

<sup>78</sup> Sull'origine economica della corruzione cfr., per tutti, M. CENTORRINO-M. LISCIANDRA, *La teoria economica della corruzione*, in M. CENTORRINO-M. LISCIANDRA-N. PARISI-D. RINOLDI, *La corruzione fra teoria economica, normativa internazionale, modelli d'organizzazione d'impresa*, in *Quaderni europei*, 18, 2010, in [www.lexunict.it/cde/quaderno-europei/giuridiche/18\\_2010.pdf](http://www.lexunict.it/cde/quaderno-europei/giuridiche/18_2010.pdf). Sull'origine socio-culturale della corruzione v., per tutti, M. VITALE-M. GERONZIO (a cura di), *Corruzione. Malattia sociale che distrugge competitività, civiltà, Costituzione e carità*, ESD, Bologna, 2010; C.A. BRIOSCHI, *Breve storia della corruzione. Dall'età antica ai giorni nostri*, TEA, Milano, 2004; ID., *Il malaffare. Breve storia della corruzione*, Longanesi, Milano, 2010; ID., *La corruzione. Una storia culturale*, Guanda, Milano, 2018. Per un'utile prospettiva d'insieme, N. PARISI-G.L. POTESTÀ-D. RINOLDI (a cura di), *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

## 5. Considerazioni conclusive.

Il punto da cui è partita questa riflessione è se, come affermato dalla consolidata giurisprudenza a far data dalla famosa sentenza della C.C.SS.UU. n. 1786/2010, possa ancora dirsi che, a distanza di ormai un decennio da tale arresto giurisprudenziale, il diritto dell'incolpato ad essere ascoltato, sebbene regolarmente esercitato, sia legittimamente derogabile nella fase procedimentale deputata alla erogazione della sanzione amministrativa e, ciò, in ragione della possibilità di recuperare tale diritto nella eventuale fase giudiziale.

L'analisi è stata svolta guardando brevemente ed in parallelo all'ordinamento penale, a quello comunitario e a quello amministrativo, mettendo tuttavia in rilievo la innegabile interconnessione di tali sistemi che, infatti, non possono più essere considerati assolutamente chiusi ed impermeabili. L'osmosi e la integrazione di valori, di principi e di garanzie da un universo giuridico all'altro è oramai una costante inarrestabile ed ineludibile, soprattutto ove giustificata da ragioni di omogeneizzazione dei livelli essenziali di tutela attinenti a medesime situazioni. Il che porta a liberare da una certa ingessatura sistemica, categorie giuridiche come la funzione afflittiva e quella di cura degli interessi, fino ad oggi considerate incompatibili.

D'altronde la tensione verso nuovi processi di democratizzazione della vita pubblica non può non avere riflessi su un tema sensibile come quello della partecipazione del cittadino e determinare, a tutti i livelli (quindi non sono in ambito giudiziale) un rafforzamento delle garanzie che gli debbono essere riconosciute, soprattutto laddove l'esercizio del potere pubblico assuma una dimensione punitiva, quand'anche connessa alla cura concreta dell'interesse generale, come è nel caso della comminazione di sanzioni amministrative.

L'esigenza di tutela del cittadino in termini di tutela della dignità dello stesso da porre sempre al centro del sistema giuridico, impone di dover ritenere inammissibile ogni e qualunque deroga o rinvio del diritto di difesa.

Ne consegue che, qualunque sia il modello procedimentale (amministrativo generale, sanzionatorio o di altro genere), il diritto di partecipazione, ivi compreso quello ad essere ascoltato, afferendo ai livelli essenziali delle prestazioni costituzionalmente garantite, va sempre assicurato senza possibilità di deroga, tanto più che una lettura sostanzialistica, sia del rapporto amministrativo sia del principio

di cui all'art. 6) Convenzione EDU, porta ad equiparare l'equo processo al giusto procedimento.

Se a questo si aggiunge l'ultima modifica apportata all' art. 21 *octies* dal DL n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, nel senso di una non ammissibilità alla rinuncia di profili formali e procedurali in relazione ad istituti deputati alla partecipazione procedimentale del cittadino, come il preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis L. 241/1990, è chiaro che un ripensamento della giurisprudenza dei supremi giudici di legittimità in ordine alla interpretazione dell'art. 18) della legge 689/1981 si auspica come davvero non più rinviabile, anche per le non trascurabili ricadute in termini di fiducia del cittadino verso il sistema di potere. Questo porterebbe di certo ad un recupero del senso di equità percepito dal cittadino nei confronti di un sistema statale che non lo costringerebbe più, come purtroppo accade attualmente nel caso in cui l'amministrazione ritenga di non accordare il diritto ad essere ascoltato sancito all'art. 18) della legge 689/1981, a dover percorrere necessariamente la onerosa e farraginoso strada giurisdizionale a tutela di legittime istanze; tutela alla quale troppo spesso il cittadino è costretto, purtroppo, a rinunciare per ragioni economiche, aggiungendosi, così, al danno la beffa di una inammissibile denegata giustizia.

## IL *WHISTLEBLOWING* TRA INTELLIGENZA DELLA CORRUZIONE E CONOSCENZA DELLA (MAL)AMMINISTRAZIONE

**Francesco Fabrizio Tùccari**

**ABSTRACT** [ITA]: Il contributo tratta il tema-problema del *whistleblowing*, che, già di notevole attualità, si è imposto all'attenzione in misura ancora maggiore in questo particolare periodo di emergenza sanitaria, in cui possono crearsi condizioni più favorevoli per il diffondersi di pratiche corruttive e di malamministrazione. L'istituto, dotato di una sua propria fisionomia che lo distingue da altre figure similari, opera nella duplice prospettiva del contrasto all'illegalità e dell'informazione alla collettività sull'essere, sull'organizzarsi e sull'agire degli apparati pubblici e privati. In quest'ottica vengono affrontate le questioni di ordine teorico-sistematico e applicativo che lo riguardano.

**ABSTRACT** [ENG]: *The paper deals with the problem of whistleblowing, which, already remarkably relevant in itself, has become even more important during this particular historical moment of health emergency, where more favourable conditions may be created for merging of corruptive practices and maladministration. The institute, endowed with its own distinctive features that distinguish it from other similar figures, operates in the double perspective of the fight against illegality and information to the community about being, organizing and acting of public and private entities. In this perspective, the paper focuses on the theoretical-systematic and applicative issues which characterize it.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. – **2.** Il problema del *whistleblowing*. – **3.** La nozione di *whistleblowing*. – **4.** Paradigmi normativi: il *whistleblowing* nel diritto internazionale. – **5** (segue). Il *whistleblowing* nel diritto europeo. – **6** (segue). La realtà italiana. – **7.** Conclusioni.

## 1. Premessa.

Il tema della corruzione, considerato dal versante giuridico<sup>1</sup>, presenta già all'approccio molti nodi problematici e poche certezze.

Prova ne siano, quanto ai primi, le mai sopite e continuamente rinfocolate dispute su questioni di fondo del fenomeno corruttivo, come quelle relative alla matrice economica o socio-culturale<sup>2</sup>, alla portata globale-internazionale-sovrannazionale o nazionale-locale<sup>3</sup> e alla consistenza individuale-soggettiva o istituzionale-oggettiva<sup>4</sup>; questioni che vengono affrontate dove attraverso una scelta di campo e dove in termini di reciproca complementarietà tra le diverse prospettive emerse in seno al dibattito sull'argomento.

L'assunto di partenza rimane fermo anche di fronte ad acquisizioni apparentemente condivise come quella relativa al concetto di corruzione<sup>5</sup>, che si

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, E.U. SAVONA-L. MEZZANOTTE, *La corruzione in Europa*, Carocci, Roma, 1998; L. BORLINI-P. MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 1, 15 ss.; D. RINOLDI, *Corruzione pubblica e privata, unità del mondo e società liquida*, in *Quaderni dell'Associazione per lo sviluppo degli studi di banca e borsa-Università Cattolica del Sacro Cuore*, 32, 2009, in [www.aassbb.it/wp-content/uploads/2014/10/ED\\_32.pdf](http://www.aassbb.it/wp-content/uploads/2014/10/ED_32.pdf); ID., *Corruzione pubblica e privata: adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina internazionale ed europea di contrasto*, in *La corruzione fra teoria economica*, cit.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, ESI, Napoli, 2012; A. DEL VECCHIO-P. SEVERINO (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 2014; N. PARISI, *Alle origini della scelta del tema: la rilevanza dell'azione di contrasto alla corruzione nell'ambito della ricerca interdepartimentale 'Crisi dell'eurocentrismo e futuro dell'umanesimo europeo'*, in *Prevenire la corruzione*, cit., 25 ss.; ID., *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, 9.

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, M. D'ALBERTI-R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994; A. VANNUCCI, *Come combattere la corruzione in Italia?*, in *Quad. soc.*, 1997, 14, 121 ss.; F. CAZZOLA, *Della corruzione. Fisiologia e patologia di un sistema politico*, Il Mulino, Bologna, 1998; G. MELIS (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, CUEN, Napoli, 1999; A. VANNUCCI, *Un nuovo paradigma contro la corruzione*, in *Riv. bim. di cult. e pol.*, 2012, 3, 422 ss.; AA.VV., *La dimensione della corruzione. Una prospettiva filosofica*, in *Not. di Pol.*, 2018, 129, 3 ss.; I. SALES-S. MELORIO, *Storia dell'Italia corrotta*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2019.

<sup>3</sup> Cfr., in questi termini, circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica 25 gennaio 2013, n. 1, che fa riferimento, appunto, a un (nuovo) «concetto di corruzione».

<sup>4</sup> Cfr., per tutti, N. PARISI, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Dir. com. e sc. int.*, 2016, 1, 185 ss.; G.M. FLICK, *Riflessioni e perplessità sul sistema di prevenzione e di repressione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 3-4, 461 ss.

<sup>5</sup> Sulla corruzione come “famiglia di delitti” dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (art. 318 e ss. cod. pen., fatti oggetto, al momento, di tre interventi riformatori in poco più di sei anni (l. 6 novembre 2012, n. 190 «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», in G.U. 13 novembre 2012, n. 265), l. 27 maggio 2015, n. 69 «Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio», in G.U. 30 maggio 2015, n. 695 e l. 9 gennaio 2019, n. 3 «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 dei movimenti politici», in G.U. 16 gennaio 2019, n. 13), cfr., senza pretesa di completezza, F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Giappichelli, Torino, 2012; D.

concorda doversi individuare affiancando al tradizionale approccio repressivo il moderno approccio preventivo <sup>6</sup> e, dunque, ricavare dalla combinazione dell'originario significantepenalistico di microcosmo di delitti contro la p.a.<sup>7</sup> e tra

PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, 11 (suppl.), 3 ss.; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, 1235 ss.; S. SPADARO-A. PASTORE, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)*, Giuffrè, Milano, 2012; V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anticorruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, 2.; B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013; D. BRUNELLI, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, 67 ss.; E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 529 ss.; R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, 1; ID., *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, *ivi*, 2013, 2; P. SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. e proc.* 2013, 1, 7 ss.; A. SESSA, *Prevenzione e 'selezione primaria' nella legge n. 190 del 2012: l'antiformalismo come metodo per una razionalizzazione del sistema penale*, in A. JAZZETTI-A. BOVE (a cura di), *La legge anticorruzione. I. La riforma dei reati contro la P.A.*, Giapeto, Napoli, 2014, 201 ss.; M. PELISSERO, *I delitti di corruzione*, in C.F. GROSSO-M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2015, 245 ss.; A. MANNA, *Considerazioni generali sulla legge anticorruzione e sul decreto legislativo delegato in tema di incandidabilità e decadenza dei parlamentari*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET, Torino, 2015, 168 ss.; F. CINGARI, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 7, 805 ss.; V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 12; A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, in *StudiumIuris*, 2015, 10, 1115 ss.; A. SESSA, *Sistema penale e 'legalità reticolare': opzioni di valore nella più recente normativa anticorruzione*, in *Le Corti Salernitane*, 2017, 1-2, 265 ss.; G. FLORA-A. MARANDOLA (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. «spazzacorrotti»)*, Pacini, Pisa, 2019; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, 44 ss.; V. MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, 5.

<sup>6</sup> Sulla corruzione tra privati (artt. 2635 e ss. cod. civ.), per come formalmente introdotta e disciplinata nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 15 marzo 2017, n. 38 «Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato», in G.U. 30 marzo 2017, n. 75, v., per tutti, A.L. CLERICI, *La corruzione tra privati*, Key, Vicalvi, 2017; S. SEMINARA, *D. Lgs. 15 marzo 2017, n. 38. Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione fra privati*, *Dir. pen. e proc.*, 2017, 6, 712 ss.; A. RUGANI, *Riforma della "corruzione fra privati" (d.lgs. n. 38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2017, 12, 4312 ss.; A. ROSSI, *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, in *Le soc.*, 2017, 6, 751 ss.; E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Giappichelli, Torino, 2018. In realtà, la previgente formulazione dell'art. 2635 cod. civ. (nella versione risultante per effetto dell'art. 1 del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 «Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366», in G.U. 15 aprile 2002, n. 88), pur facendo espresso riferimento alla «infedeltà a seguito della dazione o promessa di utilità», e quindi non evocando mai la corruzione, era finalizzata, sulla scorta del dibattito e delle istanze internazionali e sovranazionali dell'epoca (Convenzione di Bruxelles del 26 maggio 1997 sulla lotta alla corruzione; Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997, entrata in vigore il 15 febbraio 1999, sulla lotta alla corruzione; Azione comune europea del dicembre 1998), ad introdurre una fattispecie penalmente rilevante di corruzione anche nel settore privato; «non menzione» della corruzione, questa, che fin dall'inizio ha costituito una delle principali critiche al testo di legge.

<sup>7</sup> La richiamata circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 1/2013 (cfr. *supra*, nota n. 5), evoca un «concetto di corruzione [...] comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si

privati<sup>8</sup> con il successivo più ampio contenitore della malamministrazione<sup>9</sup>; per poi evidenziare come quest'ultima, quando non finisca per risolversi in una sostanziale duplicazione delle corrispondenti fattispecie di reato<sup>10</sup>, sia distinta e distante dalla corruzione, talvolta costituendone piuttosto la causa o l'effetto e talaltra invece prescindendone del tutto<sup>11</sup>.

---

riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono quindi evidentemente più ampie della fattispecie penalistica [...] e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione [...], ma anche le situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite»; cfr., altresì, la determinazione ANAC 28 ottobre 2015, n. 12, che fa riferimento alla corruzione come fenomeno non solo più ampio «dello specifico reato di corruzione e del complesso di reati contro la pubblica amministrazione, ma coincidente con la "maladministration", intesa come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse». In dottrina, cfr. per tutti, oltre a K.C. WEARE, *Maladministration and its remedies*, The Hamlyn Trust, London, 1973, S. CASSESE, "Maladministration" e rimedi, in *Foro it.*, 1992, 9, V, 243 ss.; F. MERLONI-R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Franco Angeli, Milano, 2009; F. MERLONI-L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010; F. DICRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2012, 1, 177 ss.; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 123 ss.; M. DE BENEDETTO, *Administrative corruption*, in J. BACKHAUS (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer on line, 2014; F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Dir. ec.*, 2015, 3, 483 ss.; F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2015, 5; M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 2017; E. CARLONI, *Fighting Corruption Through Administrative Measures. The Italian Anti-Corruption Policies*, in *www.ijpl.eu*, 2017, 2, 261 ss.; ID., *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2017, 3, 445 ss.; A. LAZZARO, *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2017; N. GULLO, *La prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo: impulsi del diritto europeo e tendenze evolutive della legislazione italiana*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 4, 939 ss.; M. RAMAJOLI-M. DELSIGNORE, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 1, 61 ss.

<sup>8</sup> S. AMOROSINO, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, in *Nuove aut.*, 2014, 3, 543 ss., evidenzia che il «tentativo di ampliamento dei comportamenti corruttivi al di là della sfera penalistica» risulti «inefficace perché la descrittiva ora riportata nulla aggiunge alla fattispecie di reato di cui all'art. 318 cod. pen.».

<sup>9</sup> F. PINTO, *Il mito della corruzione. La realtà della malamministrazione*, Aracne, Canterano, 2018, spec. 20 ss. e 75 ss.; V. BRIGANTE, *Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubblici: precisazioni terminologiche e valutative, tra esigenze di uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale*, in *Ist. Fed.*, 2019, 2, 485 ss.

<sup>10</sup> Con particolare riferimento alla realtà italiana, cfr., per tutti, B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà: etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007; N. FIORINO-E. GALLI, *La corruzione in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013; F. MANGANARO, *La corruption en Italie*, in *www.iuspublicum.it*, 2014, 2.

<sup>11</sup> P. DAVIGO-G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Bari-Roma, 2007, 34, evidenziano come la corruzione rappresenti, per un verso, «un tipico reato-contratto [...] bilateralmente illecito (rispetto al quale, cioè, entrambi i partner sono punibili), caratterizzato inoltre dalla massima privatezza della realizzazione» e, per altro verso, «un reato a espansione lesiva ritardata», ciò che gli assicura «le note di una bassissima propensione alla denuncia».

Per converso, la principale e forse unica certezza è la difficoltà di far affiorare il fenomeno corruttivo<sup>12</sup>, che di regola sorge e prolifera in climi e contesti omertosi a causa delle sue caratteristiche intrinseche<sup>13</sup>, dalle quali, a seconda del ruolo rivestito dai soggetti coinvolti<sup>14</sup>, nasce l'interesse "positivo" a occultarlo o quello "negativo" a non portarlo alla luce; caratteristiche a cui si aggiunge il tacito "patto di non belligeranza", tipico degli ambienti di vita e di lavoro, indotto dal timore di ritorsioni e discriminazioni<sup>15</sup>, che comporta il tendenziale disinteresse a rendere note eventuali condotte illecite di terzi<sup>16</sup>.

Non che si tratti di fenomeno silente: esistono infatti strumenti e tecniche, come le statistiche giudiziarie e i campionamenti di altro tipo<sup>17</sup>, che permettono di rilevarne e

<sup>12</sup> Autoria, coautoria, cointeressenza, coinvolgimento, *etc.*

<sup>13</sup> Frutto del "quieto vivere", comprensivo anche dell'«apparente» amicizia e «solidarietà tra colleghi», che si traduce «in una sorta di omertà»: così R. CANTONE-E. CARLONI, *Il "whistleblowing"*, in IIDD., *Corruzione e anticorruzione*, cit., 133 ss., spec. 133-134.

<sup>14</sup> R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001*, in *La legge anticorruzione*, cit., 244 ss.

<sup>15</sup> Imperniati sulla corruzione percepita o direttamente conosciuta o vissuta dagli intervistati oppure sul costo effettivo o sull'andamento anomalo dei contratti pubblici: cfr., per tutti, il rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione*, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, Roma, 2012, 1 ss., spec. 9 ss. In argomento, per tutti, v. A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in *La corruzione amministrativa*, cit., 57 ss.; ID., *Atlante della corruzione*, EGA, Torino, 2012; ID., *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in *La legge anticorruzione*, cit., 48 ss.; ID., *Costi di transazione e meccanismi di governanceneel mercato della corruzione*, in *Riv. it. pol. pub.*, 2018, 1 25 ss.; F. MONTEDURO-A. BURATTI-S. BRUNELLI, *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Formez, Roma, 2013; L. DI DONATO, *L'analisi di impatto della corruzione (AIC): un nuovo strumento per i regolatori?*, in *www.federalismi.it*, 2015,21; E. CARLONI, *Misurare la corruzione?*,cit.; M. GNALDI-B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi: obiettivi, metodo, esperienze*, Franco Angeli, Milano, 2018; R. CANTONE-E. CARLONI, *Quanta corruzione c'è e come misurarla*, in *Corruzione e anticorruzione*, cit., 29 ss.; II.DD., *'Percezione' della corruzione e politiche anticorruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, 2; J. GAGLIARDI, *La misurazione della corruzione: tra attualità e prospettive nell'esperienza italiana*, in *www.amministrazioneincammino.it*,2020, 9.

<sup>16</sup> Cfr., per tutti, G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. e Prev.*, 2018, 2, 374 ss., afferma che il «dato da cui occorre procedere per delineare i corretti strumenti di contrasto alla corruzione è la non misurabilità del fenomeno, essendo offerta esclusivamente la *misura della percezione della corruzione*, in quanto tale non riferibile alla corruzione reale e, soprattutto, determinata da specifici punti di vista».

<sup>17</sup> Il punto debole delle statistiche giudiziarie viene individuato nella discrepanza riscontrabile tra il numero dei reati commessi e quelli accertati, dovuta, oltre che alle caratteristiche intrinseche della corruzione rilevate in precedenza (cfr. nota n. 13), anche al fatto che le condanne sono legate ad una serie di circostanze variabili. Il "tallone d'Achille" dei campionamenti fondati sulla corruzione percepita viene individuato, per un verso, nel rischio tutt'altro che astratto che, stante la soggettività-non univocità della percezione, non ci sia corrispondenza con la corruzione reale e, per altro verso, nel fatto che essi non risalgono alle cause del fenomeno corruttivo. Discorso non dissimile vale per i campionamenti fondati sulla corruzione conosciuta o vissuta, nel caso in cui gli intervistati siano reticenti o rispondano non sinceramente; il costo delle opere pubbliche è, di regola, inversamente proporzionale al rischio derivante dal grado di sviluppo delle indagini giudiziarie: contenuto, quando il rischio è elevato perché le indagini sono al *clou*; tendente a lievitare quando il rischio è basso perché o non vi sono indagini o, se vi sono, sono in fase iniziale o sostanzialmente esaurite. In argomento, ai contributi citati nella nota precedente, *adde*R. RAZZANTE-G. TARTAGLIA POLCINI, *Prevenzione e repressione della*

misurarne in termini quanti-qualitativi se non altro la percezione<sup>18</sup> attraverso una serie di indicatori e dati che, pur con (talvolta assai) differente grado di attendibilità<sup>19</sup>, tornano comunque tutti utili; a maggior ragione se considerati come elementi conoscitivi da interfacciare tra loro alla stregua di *markers* della corruzione<sup>20</sup> finalizzati ad acquisirne quella maggiore e migliore intelligenza possibile, nel duplice senso etimologico di *intuse inter legere*<sup>21</sup>, quale preconditione per poterla efficacemente fronteggiare.

Nell'ambito di un «sistema in evoluzione»<sup>22</sup>, qual è quello in discorso, appare imprescindibile l'apporto della società civile, talvolta anche normativamente previsto a livello internazionale<sup>23</sup>, che si traduce nella fattiva collaborazione e nella sinergica cooperazione con i poli istituzionali per sfociare in forme di controllo ulteriore e diffuso sull'operato dei pubblici poteri.

In questa prospettiva, basata sui principi di solidarietà, uguaglianza, fedeltà e sussidiarietà in senso ascendente e orizzontale, un ruolo senz'altro primario può essere giocato da uno strumento la cui cifra distintiva e il cui punto di forza, sì da renderlo «insostituibile»<sup>24</sup>, consistono nella provenienza delle informazioni sul fenomeno corruttivo<sup>25</sup> dall'interno dei vari contesti lavorativi che ne sono colpiti e che perciò ne costituiscono un osservatorio altamente privilegiato<sup>26</sup>.

---

*corruzione a livello internazionale. La relativa fallacia degli indicatori di rating e le moderne strategie di contrasto*, in *Dir. pen. glob.*, 2017, 1, 7 ss.

<sup>18</sup> R. CANTONE-E. CARLONI, *Quanta corruzione c'è*, cit., 41.

<sup>19</sup> Ossia di capacità di leggere «dentro, in profondità» una data realtà, per comprenderla «non in maniera superficiale, ma andando oltre, in profondità, per coglierne gli aspetti nascosti e non immediatamente evidenti»; e, rispettivamente, di capacità di leggere «tra le righe», «in filigrana», una data realtà, «per scoprire relazioni e inter-connessioni tra i vari aspetti [...] per giungere a una comprensione più ampia e completa di essa»: così il bando «Custodi di parole» 2018/2019, in [www.coopeduca.it](http://www.coopeduca.it).

<sup>20</sup> A. PERTICI-M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione* (Atti del Convegno, Pisa, 5 ottobre 2018), Giappichelli, Torino, 2019. P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Laterza, Bari-Roma, 2019.

<sup>21</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 12 della Convenzione dell'Unione africana sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione (1° luglio 2003) e il Preambolo della Convenzione Araba anticorruzione (21 dicembre 2010).

<sup>22</sup> R. CANTONE, *Introduzione*, in R. CANTONE-N. PARISI-L. VALLI-A. CORRADO-M.G. GRECO (a cura di), *Segnalazioni di illeciti e tutela del dipendente pubblico: l'Italia investe nel WhistleBlowing, importante strumento di prevenzione della corruzione*, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (22.6.2016), 3.

<sup>23</sup> A. ZULIANI, *Informazioni per contrastare la corruzione*, in *Studi parl.*, 2013, 181-182, 75 ss.

<sup>24</sup> Cfr., per tutti, D.U. GALETTA-P. PROVENZANO, *La disciplina italiana del whistleblowing come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2020, 18, 112 ss., spec. 112-113; di «vigilanza collettiva» interna parla G. FASANO, *La vigilanza collettiva interna nella politica di prevenzione della corruzione: l'interesse all'integrità della pubblica amministrazione qualifica una posizione giuridica attiva azionabile dal singolo. Prospettive di riforma della disciplina verso un nuovo modello di pubblico impiego*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2020, 14, 138 ss.

<sup>25</sup> Quali, ad esempio, gli artt. 361 e 362 cod. pen., 331 e 347 cod. proc. pen., l'art. 149, comma 3, d.lgs. n. 58/1998 (T.U.F.) e gli artt. 42 e ss. d.lgs. n. 231/2007.

<sup>26</sup> Nel contesto anglofono d'origine, il *whistleblowing* (anche *whistle-blowing* o *whistleblowing*), vocabolo di derivazione ignota comparso nell'idioma comune a partire dall'Ottocento, sta letteralmente a significare l'azione di chi soffia nel fischietto (*whistleblower*, anche *whistle-blower* o *whistleblower*) al fine di «interrompere

Si tratta del *whistleblowing*, ossia della segnalazione o denuncia di illeciti da parte del *whistleblower*, vale a dire il lavoratore che non vi sia già formalmente obbligato in forza di specifiche disposizioni normative<sup>27</sup>.

## 2. Il problema del *whistleblowing*.

Lasciando da parte le diatribe di carattere linguistico sull'esatta traduzione di questi due termini<sup>28</sup>, che in Italia hanno richiesto un'apposita "mozione d'ordine" da parte dell'Accademia della Crusca<sup>29</sup>, è agevolmente intuibile fin dalle prime battute

---

qualcosa bruscamente» (*to blow the whistle*): in argomento, cfr. *Oxford English Dictionary. The definitive record of the English language*, in [www.oed.com](http://www.oed.com), *advocem*). Transitato nel gergo specialistico intorno alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, il *whistleblowing* è stato inteso come richiamo dell'altrui attenzione sulla violazione di regole di condotta in genere (*wrongdoings*) affinché vi si ponga rimedio e correlato alle figure emblematiche dell'arbitro di competizioni sportive (*referee*) e del poliziotto di quartiere (*bobby*): sul punto, W. VANDEKERCKHOVE, *Whistleblowing and Organizational Social Responsibility. A Global Assessment*, Ashgate, Aldershot, 2006, 8 ss. La traduzione del termine *whistleblowing* in altri contesti linguistici ha comportato il ricorso obbligato, per un verso, a espressioni tarate sulla funzione informativa, di allerta o di denuncia svolta dal *whistleblower* e, per altro verso, al mutuato utilizzo del sintagma anglofono: cfr. ACCADEMIA DELLA CRUSCA, *Che cosa indica e come si traduce la parola inglese whistleblower?*, in [www.accademiadellacrusca.it](http://www.accademiadellacrusca.it) (28.02.2014), che richiama a titolo esemplificativo le figure del *lanceur d'alerte*, del *denuncianteur* dell'*informateur* francese, dell'*alertador* e del *denunciante* spagnolo e dell'*informant* tedesco, dando atto della circostanza che in quest'ultimo ordinamento «sembrerebbe più frequente il ricorso all'anglismo».

<sup>27</sup> In Italia il dibattito pubblico sull'argomento, oltre a proporre le espressioni richiamate nella nota precedente, ne ha coniate di ulteriori, consistenti in «(pseudo)calchi» linguistici, come fischietto, fischiettista, fischiettatore, fischiettore, (ACCADEMIA DELLA CRUSCA, *Che cosa indica*, cit., 4) ovvero in locuzioni evocative e icastiche, quali vedetta civica e sentinella civica [G. FRASCHINI-N. PARISI-D. RINOLDI (a cura di), *Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del whistleblowing in Italia*, Transparency International Italia, Milano, 2009]. Tutte esse, pur se rimaste sostanzialmente prive di séguito, si sono di fatto affiancate alla neutra formula legislativa («pubblico dipendente che», a seconda delle circostanze, «segnala» o «denuncia illeciti»), tanto da richiedere l'intervento dell'Accademia della Crusca, che ha indicato come linguisticamente più corretta l'espressione "allertatore civico" (*Che cosa indica*, cit., 5), cionondimeno stimolando la ricerca ufficiale di altri loghi atti a veicolare in maniera ancor più chiara e immediata l'idea-forza del *whistleblower* con esso del *whistleblowing*, com'è avvenuto in occasione del concorso di idee «*Whistleblower*: un esempio di cittadinanza attiva e responsabile», organizzato dall'Autorità nazionale anticorruzione e dal Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e rivolto alle scuole secondarie, la cui seconda edizione, conclusasi a novembre del 2017, ha visto tra i vincitori l'Istituto superiore "Negrelli-Forcellini" di Feltre, che ha proposto la suggestiva formula «fi-schietti di giustizia». Il problema della corretta traduzione del termine *whistleblowing* è richiamato da G. MANCINI PALAMONI, *La lingua italiana come bene culturale in sé*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 193 ss., nota 8.

<sup>28</sup> G. FRASCHINI, N. PARISI, D.G. RINOLDI, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno, Acireale, 2011; D. DEL MONTE-G. FRASCHINI (a cura di), *Un'alternativa al silenzio. Promozione delle segnalazioni nell'interesse pubblico*, Transparency International Italia, Milano, 2012, 19 ss.; G. GARGANO, *La "cultura del whistleblower" quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, 1.

<sup>29</sup> Preceduto dal c.d. caso *Grannis et al.* del 1777 relativo alla segnalazione di trattamenti barbari e disumani a danno di prigionieri (su cui v. S.M. KOHN, *The Whistle-Blowers of 1777*, in *The New York Times*, 12.6.2011), il primo atto normativo dell'ordinamento statunitense in materia viene convenzionalmente individuato nel *False Claims Act* del 1863, emanato per fronteggiare la corruzione in materia di forniture militari, il quale tuttavia non utilizza ancora le espressioni *whistleblowing* e *whistleblower* (che, come rilevato a nota n. 28, sono entrate a far

che quello del *whistleblowing* costituisce problema culturale, etico e politico prima ancora e oltre che giuridico<sup>30</sup>, legato com'è anzitutto al concetto che ne abbia il segnalante e al riscontro che la pratica della segnalazione possa riscuotere nell'ambiente di lavoro e nell'opinione pubblica più in genere; legato altresì alla reale volontà politica di affrontare un tema così sdrucchiole e spinoso e poi alla configurazione e all'applicazione del relativo regime di disciplina, le quali possono incidere sensibilmente sulle sorti dell'istituto.

Originario dei sistemi di *common law*, in particolare di quello statunitense<sup>31</sup>, e successivamente introdotto in numerosi altri ordinamenti quasi sempre in attuazione di obblighi internazionali e sovranazionali<sup>32</sup>, il *whistleblowing* è stato infatti a lungo considerato con diffidenza quando non in maniera negativa e perfino riprovevole, identificandosi nel *whistleblower*, le cui ascendenze vengono individuate nelle figure del delatore romano e dell'ostracista e del sicofante greco<sup>33</sup>, chi rivela notizie riguardanti il proprio ambiente lavorativo così venendo meno ai basilari obblighi di fedeltà, lealtà e riservatezza<sup>34</sup> nei confronti dell'organizzazione di appartenenza che

---

parte del gergo specialistico agli inizi degli anni Cinquanta del secolo scorso) ma le locuzioni «*qui tam* action» e «relator» che sottendono a una vera e propria azione popolare. La normativa così introdotta è stata poi messa a punto e implementata dal *Lloyd-La Follette Act* del 1912; dopodiché, inteso nel senso chiarito sia nel testo che nelle note che precedono, il *whistleblowing* ha trovato ingresso dapprima in singoli settori, come quelli della responsabilità per danno da prodotti difettosi [R. NADER-P.J. PETKAS-K. BLACKWELL (eds.), *Whistle blowing. The Report of the Conference on Professional Responsibility*, Grossman, New York, 1972] e da vizi di progettazione o di esecuzione di opere pubbliche (R. T. DEGEORGE, *Ethical Responsibility of Engineers in Large Organizations: The Pinto Case*, in *Busin. & Prof. Eth. Journ.*, 1981, 1, 1 ss.), per poi assumere portata generale con il *Whistleblower Protection Act* del 1989, seguito dal *Fraud Enforcement and Recovery Act* del 2009 e dal *Whistleblowing Enhancement Act* del 2012: interventi normativi, tutti questi, che ne hanno segnato la diffusione anche in materia di contrasto alla corruzione, di lotta all'evasione fiscale e, più in genere, all'uso distorto del potere (M.P. MICELI-J.P. NEAR, *Blowing the Whistle*, Lexington Books, New York, 1992; S. MILLER, *Institutional Corruption*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017): per una ricognizione dei vari interventi normativi e delle loro caratteristiche essenziali, anche con riferimento all'ordinamento britannico, in cui dal 1998 vige il *Public Disclosure Act*, integrato e modificato nel 2013 dall'*Enterprise and Regulatory Reform Act*, cfr. G. GARGANO, *La "cultura del whistleblower"*, cit., 22-29; per ulteriori riferimenti, soprattutto al diritto vivente statunitense, G. GOLISANO, *Il whistleblowing nella giurisprudenza Usa: illeciti d'impresa e posizione del lavoratore che li denuncia*, in *Il lav. nella giur.*, 2006, 10, 937 ss.

<sup>30</sup> Con riferimento al *whistleblowing* nelle fonti internazionali e sovranazionali, v. *infra*, § 4 e 5.

<sup>31</sup> F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 4, 475 ss., nota n. 1; richiama la figura del sicofante anche M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del "whistleblower" alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 1, 61 ss., spec. 67.

<sup>32</sup> N. BOWIE, *Business Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1982, 140 ss.: «[W]histleblowing [...] violates a prima facie duty of loyalty to one's employer»; per un'utile prospettiva d'insieme M. SIGNORELLI, *La diligenza del prestatore di lavoro e l'obbligo di fedeltà: l'inadempimento del lavoratore subordinato nella lettura giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1, 106 ss.

<sup>33</sup> Intesa come persona fisica o ente, sia privato che pubblico, indipendentemente dalla forma giuridica assunta.

<sup>34</sup> Per un'utile prospettiva di sintesi, cfr. T.D. MIETHE, *Whistleblowing at Work. Tough Choices in Exposing Fraud, Waste, and Abuse on the Job*, Routledge, London, 2019, 11 ss., che fa riferimento alle varie espressioni in voga, quali, senza pretesa di completezza, *informer* (informatore), *sneak* o *tattletale* (spione), *snitch* (infiltrato), *squealer* o *stoolpigeon* (spia), *rat* o *mole* (talpa), *nark* (spifferatore), *rumour-monger* (pettegolo), *scandal monger* (scandalista), *scaremonger* (allarmista), *gobber* (lingualunga), *fink* (carogna), *grass* (informatore), *supergrass* (pentito), *big mouth* (bocca larga), *blabbermouth* (chiacchierone), *traitor* (traditore), *saboteur* (sabotatore).

incombono su qualunque prestatore d'opera<sup>35</sup>; donde un florilegio di epiteti che spaziano da quello più neutro di informatore a quelli più estremi di traditore e perfino di sabotatore<sup>36</sup>.

La successiva rivalutazione del fenomeno, frutto dellarevisione di queste concezioni avviata nei primi anni Settanta del secolo scorso, ha portato a identificare nel *whistleblower* chi, anteponendo l'interesse generale a quello dell'organizzazione di appartenenza, segnala le varie illecità, illegittimità, irregolarità e più in genere disfunzioniche vi si verificano<sup>37</sup>; ed enfatizzandone il ruolo a intravedervi, in ottica supererogatoria<sup>38</sup>, un buon samaritano<sup>39</sup>, un guerriero<sup>40</sup>, un eroe o un santo<sup>41</sup>, che agisce incurante dei rischi personali e professionali a cui, non tenuto e neppure richiesto, si espone consapevolmente e volontariamente.

Senonché è frequente l'associazione di idee tra il *whistleblowing* e le conseguenze pregiudizievoli che possono derivarne sia sulla vita non soltanto lavorativa del segnalante sia soprattutto sull'immagine e sulla reputazione dell'apparato organizzativo di riferimento<sup>42</sup>; ragion per cui i *whistleblowers* sono considerati molto spesso, più che persone a cui guardare e soggetti «da tutelare»<sup>43</sup>, figure fuori controllo da cui, all'opposto, guardarsi quando non perfino tutelarsi.

Da qui il condivisibile assunto secondo cui l'attecchimento del *whistleblowing* debba necessariamente passare prima dalla promozione e poi dalla protezione del

<sup>35</sup> L'avvio del processo di rivalutazione del *whistleblower* viene convenzionalmente attribuito a Ralph Nader, che qualifica il *whistleblower* «as a man or a woman who, believing that the public interest overrides the interest of the organization that he/she serves, blow the whistle that the organization is involved in in corrupt, illegal, fraudulent, or harmful activity» [R. NADER, *Introduction*, in R. NADER-P.J. PETKAS-K. BLACKWELL (eds.), *Whistleblowing*, cit., VII]. La nozione è poi ufficialmente confluita anche nel linguaggio comune nel 1986 (cfr. *Oxford English Dictionary*, cit.).

<sup>36</sup> Lo evidenzia, in senso critico, M. BOCCHIOLA, *La specificità del whistleblowing*, in AA.VV., *La dimensione della corruzione*, cit., 50 ss., spec. 54 ss.

<sup>37</sup> C. FABRE, *Good Samaritanism: A Matter of Justice*, in *Crit. Rev. of Int. Soc. and Pol. Phil.*, 2002, 5, 241 ss.

<sup>38</sup> R. KHAN, *Whistleblower: Warrior, Saboteur or Snitch?*, in *www.forbes.com* (05.7.2018).

<sup>39</sup> B. GABRIELE, *La testimonianza di un whistleblower: santo ed eroe del nostro tempo?*, in *Protezione delle "vedette civiche"*, cit. 145 ss.

<sup>40</sup> Cfr., per tutti, E. CEVA-M. BOCCHIOLA, *Is Whistleblowing a Duty?*, Polity Press, Cambridge-Medford, 2019, 3-4.

<sup>41</sup> G. GARGANO, *La "cultura del whistleblower"*, cit., 4.

<sup>42</sup> G. GARGANO, *op. cit.*, 4, qualifica il *whistleblower* come «risorsa da incentivare»; F. PERRONE, *Il whistleblowing da adempimento burocratico ad opportunità di promozione di una cultura etica nella p.a. in un necessario passaggio da sistema di regole a sistema di valori*, in *www.amministrativamente.it*, 2017, 1-2, 3 ss; N. PARISI, *La prevenzione della corruzione*, cit., 18, precisa che il «*whistleblower* è persona che si fa portatore di un interesse non proprio, quello dell'integrità del funzionamento della pubblica amministrazione o dell'ente privato al quale è legato da un rapporto di lavoro: a motivo di questa sua funzione pubblicistica egli *deve* essere valorizzato ed *eventualmente* tutelato, ove oggetto di discriminazione» (corsivo aggiunto).

<sup>43</sup> R. CANTONE, *Introduzione*, in *Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico*, cit., 3. Sul *whistleblowing* come espressione di «meccanismi di trasparenza dall'interno» ritraibili dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (Convenzione di Merida, su cui v. *infra*, § 4.1), cfr. E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione. "Tutti vogliono un posto al sole, ed in più, possibilmente, all'ombra" (Stanislaw J. Lec)*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 497 ss., spec. 506.

*whistleblower*<sup>44</sup>, così da farne, con il supporto «della “cultura dell’ente” improntata a trasparenza e integrità»<sup>45</sup>, uno degli assi portanti, che in prospettiva dinamica diventa una tattica della più ampia strategia di contrasto al fenomeno corruttivo; il che pone fin da subito l’alternativa tra l’affidare la promozione dell’istituto a un apposito sistema premiale e l’individuare altre e diverse possibili soluzioni per incrementarne la diffusione.

Guardando alla realtà italiana, è noto che la proposta di monetizzare il *whistleblowing* nel settore pubblico <sup>46</sup>, sulla falsariga di quanto avviene nell’ordinamento statunitense<sup>47</sup>, è rimasta priva di séguito a causa della ravvisata incompatibilità con un sistema legale che, pur iscrivendo il fenomeno in una dimensione di etica pubblica<sup>48</sup>, sembra implicitamente dare per presupposto che sia nella piena ed esclusiva facoltà del dipendente segnalare o meno illeciti, salvo poi altrettanto implicitamente intendere la segnalazione come effettuata in adempimento del più generale dovere (od obbligo<sup>49</sup>) istituzionale, insito in principi e regole di rango anzitutto costituzionale <sup>50</sup>, di cooperare con l’ente di appartenenza

<sup>44</sup> Formulata dalla «Commissione per lo studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione in Italia», istituita con d.m. Funzione Pubblica del 23.12.2011 di supporto ai lavori preparatori della l. n. 190/2012, su cui si tornerà più avanti (§6).

<sup>45</sup> Il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010 contempla tra l’altro (§ 922 – *Whistleblower protection*), nell’ipotesi in cui la segnalazione abbia comportato l’irrogazione di sanzioni pecuniarie superiori a 1 milione di dollari, il riconoscimento di un premio in danaro in favore del segnalante, commisurato tra il 10 e il 30 per cento della sanzione effettivamente comminata.

<sup>46</sup> Da parte della X Commissione permanente della Camera (Attività produttive, commercio e turismo) nel parere del 19.11.2015 sulla proposta di legge «Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato» (A.C. n. 3365, XVII legislatura), da cui è poi scaturita la l. n. 179/2017 di cui si dirà più avanti, sia in nota che nel testo. Sul rapporto tra *whistleblowing* ed etica pubblica, cfr. F. PERRONE, *Il whistleblowing*, cit.; F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell’anticorruzione*, cit.; V. PAPA, *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” *Collective Volumes*, 2019, 8, in [www.csdlle.lex.unict.it](http://www.csdlle.lex.unict.it) (2019).

<sup>47</sup> D.U. GALETTA-P. PROVENZANO, *La disciplina italiana del whistleblowing*, cit., 115 ss., evidenziano come si tratti «di un dovere (se non di un obbligo) in capo al pubblico dipendente di denunciare gli episodi di malaffare cui assiste o di cui ha sentore». Al riguardo sembra preferibile mantenersi entro il perimetro della doverosità, sia perché – come rilevato in premessa (cfr. § 1) – il *whistleblowing* presuppone l’assenza di una specifica disposizione che imponga la segnalazione/denuncia, sia perché – anche in conseguenza di ciò – non è prevista alcuna conseguenza a carico di chi, al di fuori delle ipotesi tassativamente contemplate dalla legge, non ritenga di dover segnalare o denunciare eventuali illecità, illegittimità o irregolarità di sorta.

<sup>48</sup> Ossia i principi e le regole della c.d. Costituzione amministrativa (artt. 28, 54, 97 e 98 della Carta fondamentale).

<sup>49</sup> Cfr. art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, nella versione modificata dalla l. n. 179/2017 (cfr. *supra*, nota n. 51).

<sup>50</sup> Uno spunto in questo senso può cogliersi in R. CAVALLO PERIN-B. GAGLIARDI, *Status dell’impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2009, 1 53 ss., spec. 69, i quali evidenziano come la responsabilità disciplinare», al cui accertamento è finalizzato il *whistleblowing*, «sia posta innanzitutto a presidio del corretto svolgimento del rapporto di lavoro al servizio di destinatari dell’azione amministrativa oltre che dell’«adempimento dei doveri d’ufficio» e della «tutela dell’ordine e del prestigio dell’amministrazione»».

nell'«interesse dell'integrità della pubblica amministrazione»<sup>51</sup>; formula che di quest'ultima compendia l'ancipite essenza tanto di potere quanto (e forse soprattutto) di servizio ai cittadini<sup>52</sup>.

Tale prospettiva, preferibile a quelle che nell'individuare il fondamento del *whistleblowing* nell'«obbedienza gerarchica» o nella «collaborazione con i colleghi» sembrano intenderlo come un fatto interno rilevante al più sul piano disciplinare o interpersonale<sup>53</sup>, trova conferma e ulteriore sviluppo in quegli studi non giuridici che, reputando insoddisfacente la concezione supererogatoria del fenomeno, lo intendono quale oggetto di un autonomo e specifico dovere a prescindere dall'esistenza di ancoraggi o appigli normativi di sorta. Dovere che a seconda delle tesi in campo può tradursi in atti individuali finalizzati a prevenire o evitare un danno<sup>54</sup>, oppure a dissentire o dissociarsi da condotte ritenute illecite<sup>55</sup>; ovvero che può iscriversi all'interno di una più ampia dimensione organizzativa ed essere rivolto, in forza dell'*accountability* d'apparato, *a fortiori* se pubblico, a correggere o a eliminare condotte che possano incidervi negativamente, soprattutto (ma non soltanto) sotto il profilo della trasparenza, compromettendone il buon funzionamento<sup>56</sup>.

Tale ultima impostazione, che in disparte i rilievi critici mossi alle altre due<sup>57</sup> si pone in linea di continuità e complementarietà con l'approccio giuridico nazionale al problema del *whistleblowing*, permette di guardarvi come a uno strumento di "intelligenza" sia, nei termini chiariti in premessa, del fenomeno corruttivo sia, risalendo più a monte, della stessa amministrazione e dell'amministrare, dunque

---

<sup>51</sup> J. BOWERS-M. FODDER-J. LEWIS-J. MITCHELL, *Whistleblowing, Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 380 ss. R. CAVALLO PERIN-B. GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico*, cit. 75, ravvisano in queste ricostruzioni del fondamento del *whistleblowing* una sostanziale contiguità con le logiche premiali che aprono a segnalazioni le quali «possono essere talvolta dettate dall'idea di facili guadagni e non dall'intento di salvaguardare gli interessi degli amministrati, in chiara contraddizione con una prospettiva di promozione dell'etica pubblica».

<sup>52</sup> R.T. DE GEORGE, *Business Ethics*, Macmillan, New York, 2010, 298 ss.

<sup>53</sup> J.P. NEAR-M.P. MICELI, *Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing*, in *Journ. of Bus. Eth.*, 1985, 4, 1 ss.; M. DAVIS, *Whistleblowing*, in H. LA FOLLETTE (ed.), *Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford University Press, New York, 2005, 539 ss.

<sup>54</sup> E. CEVA-M. BOCCHIOLA, *Is whistleblowing*, cit., 69 ss.

<sup>55</sup> Alla tesi che correla il dovere di segnalare alla finalità di prevenire o impedire un danno si eccepisce che, nel caso in cui la violazione posta in essere non comporti danni di sorta, o comunque comporti danni ma non percepibili o non misurabili, tale dovere non sorgerebbe neppure o comunque verrebbe meno; alla tesi che mette in chiave il dovere di segnalare con il dissenso o la dissociazione da condotte illecite si obietta che detto dovere si ridurrebbe alle sole ipotesi in cui sono previste «competenze e conoscenze di professioni regolamentate da leggi e normative generali»: per ulteriori approfondimenti, M. BOCCHIOLA, *La specificità del whistleblowing*, cit., spec. 55-61; nonché E. CEVA-M. BOCCHIOLA, *Is whistleblowing*, cit., 53-68.

<sup>56</sup> Mutuando il titolo del lavoro di G. GARGANO, che a tal fine si cita nuovamente per intero, *La "cultura del whistleblower" quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*.

<sup>57</sup> D.U. GALETTA-P. PROVENZANO, *La disciplina italiana del whistleblowing*, cit., 116.

degli apparati e dei loro processi organizzativi e «profili decisionali»<sup>58</sup>, considerati anche al di là della specifica prospettiva del contrasto alla corruzione.

Orbene, riguardo alla questione particolare della premialità la dottrina è divisa tra quanti concordano sull'attuale impostazione di sistema<sup>59</sup>, che peraltro è connotata dall'operatività della più generale clausola d'invarianza<sup>60</sup>, e quanti, con pluralità di accenti, sono di avviso diverso: chi evidenziando l'«idealismo» che permea tale impostazione<sup>61</sup>, chi ravvisandovi una lacuna da colmare<sup>62</sup>, chi in questa prospettiva proponendo l'introduzione della premialità in danaro o in riconoscimenti di altro genere attraverso il sistema di valutazione della prestazione lavorativa<sup>63</sup>, pena altrimenti il rischio di dispersione o di utilizzo distorto delle informazioni in possesso del segnalante<sup>64</sup>.

Ora, premesso che al riguardo l'ordinamento statunitense fa storia a sé già nell'ambito degli stessi sistemi di *common law*<sup>65</sup>, l'idea della monetizzazione diretta del *whistleblowing*, sembra, per un verso, difficile da conciliare con quella della doverosità e con la previsione della clausola d'invarianza e, per altro verso, prestarsi

<sup>58</sup> Cfr. art. 2 l. n. 190/2012.

<sup>59</sup> B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, cit., 132-133.

<sup>60</sup> Cfr., per tutti, F. MARTINES, *La Legge 190/2012*, cit., 26; P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di whistleblowing alla luce della nuova direttiva europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2019, 5, 737 ss., spec. 754-755; A.F. MASIERO, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 1 ss., spec. 29-30.

<sup>61</sup> S. VILLAMENA, *Il whistleblowing pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, 3-4, 841 ss., spec. 861-862, procede dall'art. 14, comma 4, lett. g) d. lgs. n. 150/2009, a norma del quale l'organismo di valutazione della *performance* «promuove e attesta l'assolvimento degli obblighi relativi alla trasparenza e all'integrità [...]», per evidenziare che «il rispetto della normativa anticorruzione – e con esso quello del *whistleblower* – sarà in grado di condizionare «in positivo» la *performance* amministrativa», per poi «[...] domandarsi se risulta [n.d.r.: risultati] possibile ammettere come *obbiettivo di performance*» quello di aver contribuito a far emergere illeciti nel proprio ufficio», ritenendolo «in linea di massima ammissibile nel piano delle *performance* [...]».

<sup>62</sup> G. FASANO, *La vigilanza collettiva interna*, cit., 160-161.

<sup>63</sup> P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana*, cit., 756, segnala come quello statunitense costituisca un «esempio» che «resta tuttavia un caso isolato anche nei sistemi di *common law*», con riferimento ai quali cfr. G. MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Stud. Iur.*, 2018, 9, 981 ss., spec. 983 e 992.

<sup>64</sup> Nell'eventualità in cui il *whistleblower* dovesse agire formalmente nell'interesse generale ma sostanzialmente per ragioni personali, ad esempio ai fini dell'attivazione di un procedimento disciplinare nei confronti di un collega di lavoro antipatico, sgradito o altro (c.d. *egoistic whistleblowing*). Sulla possibile sovrapposizione dell'interesse individuale a quello generale e sull'oggettiva estrema difficoltà di discernere tra i due interessi, S. VILLAMENA, *Il whistleblowing pubblico*, cit. 866 ss., il quale distingue tra segnalazioni civiche («imparziali, ossia [che] prescindono dall'autore del fatto segnalato, poiché ciò che conta davvero è il fatto in sé, costituente illecito potenziale») e segnalazioni delatorie (che «sono invece faziose, interessate, strumentali a raggiungere un obiettivo personale, per così dire egoistico, in sé non meritevole di tutela»), evidenziando tuttavia come sia «molto complesso individuarle in concreto, riconducendo la segnalazione all'una o all'altra categoria» (867).

<sup>65</sup> S. VILLAMENA, *Il whistleblowing pubblico*, cit., 862, evidenzia come l'eventuale riconoscimento di premi di risultato comporterà che essi procedano da «criteri che assicurino riservatezza» sull'identità del segnalante, sempre che ciò non contrasti «con i principi di pubblicità che oramai governano pienamente il tema della *performance* amministrativa (e soprattutto dei relativi incentivi liquidati)».

a strumentalizzazioni suscettibili di tramutarla in una sorta di taglia sulla segnalazione quando non perfino sulla persona da segnalare<sup>66</sup>.

Il collegamento, d'indubbio interesse, tra premialità e *performance*, pur non volendo considerare l'eventualità della riproposizione delle stesse criticità sotto altra veste, a detta dei suoi stessi sostenitori pone non secondari problemi di ordine sistematico e applicativo<sup>67</sup>.

Come che sia, registrata l'esistenza di impostazioni alternative che tendono a traslare la questione sul piano risarcitorio<sup>68</sup>, sta di fatto che la recente direttiva europea 2019/1937<sup>69</sup>, destinata in tempi relativamente contenuti<sup>70</sup> dove a disegnare e dove a ridisegnare la fisionomia del *whistleblowing*<sup>71</sup>, indica fin dal titolo la via maestra per la promozione dell'istituto nell'approntamento di sempre più adeguate forme di protezione del *whistleblower*, comprensive sì anche di possibili provvidenze economiche, le quali però non sembrano avere carattere premiale profilandosi piuttosto come misure di sostegno di natura indennitaria per gli oneri finanziari che il segnalante dovesse trovarsi a sopportare in conseguenza della sua iniziativa<sup>72</sup>.

### 3. La nozione di *whistleblowing*.

Individuati nel "promuovere proteggendo" la direttrice dei futuri sviluppi e il possibile logo informatore del *whistleblowing*, ne va ora tracciata la distinzione da altri fenomeni, pratiche e istituti simili.

Ciò postula una metaforica azione, talvolta di semplice apposizione di termini e talaltra di vero e proprio regolamento di confini, a causa della diffusa tendenza, frutto anche della multidisciplinarietà d'approccio al tema<sup>73</sup>, a correlarvi

<sup>66</sup>F. PERRONE, *Il whistleblowing*, cit., 13, nell'esprimere perplessità nei confronti di sistemi e meccanismi premiali *in subiecta materia*, rileva che in favore del *whistleblower* andrebbero al più «riconosciute a titolo di risarcimento (e non di incentivo) le spese materiali sopportate a seguito della segnalazione (spese mediche e/o legali)».

<sup>67</sup> Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 26 novembre 2019, L 305/17 ss., su cui si tornerà sia nella nota successiva che, più avanti, nel testo.

<sup>68</sup> A norma dell'art. 26, il termine di trasposizione della direttiva scadrà il 17 dicembre 2021 (§1) e il 17 dicembre 2023 con riferimento all'obbligo, fatto ai soggetti del settore privato aventi date dimensioni, di dotarsi di canali di segnalazione interna (§2).

<sup>69</sup> Per quel che concerne la realtà italiana, in un momento in cui la direttiva era ancora in fase di proposta, M. MAGRI, *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge n. 179 del 2017 sarà (a breve) da riscrivere?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, 18; a direttiva adottata, R. CANTONE, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2020 (29.6).

<sup>70</sup> V. *infra*, § 5.

<sup>71</sup> Giuridico, economico, etico-filosofico, *etc.*: E. CEVA-M. BOCCHIOLA, *Is Whistleblowing*, cit., 17 ss.

<sup>72</sup> R. SCATTURRO, *Defining whistleblowing*, IACA, Laxenburg, Research Paper Series, 5, 2018 (May), spec. 9 ss.

<sup>73</sup> Sono incluse tutte le possibili tipologie di rapporto giuridico (lavoro subordinato, collaborazione, *etc.*) concernenti l'inserimento, ancorché non stabile o non più attuale, nell'apparato organizzativo dell'ente, pubblico

indiscriminatamente ogni segnalazione, da chiunque provenga, relativa a potenziali violazioni di qualsivoglia natura e tipologia<sup>74</sup>; donde il rischio che, qualora questa tendenza dovesse radicalizzarsi, la specificità del fenomeno e le potenzialità che esso è in grado di esprimere potrebbero andare perdute.

In assenza di una definizione normativa del *whistleblowing*, tale distinzione va estrapolata per differenza dalla nozione concettuale dell'istituto, convenzionalmente ritraibile dall'analisi delle caratteristiche inerenti alla figura del segnalante nonché alla segnalazione e a quel che vi ruota attorno.

E così, il tratto identitario del segnalante consiste nel collegamento, inteso nella massima ampiezza possibile quanto a natura, oggetto e durata, con l'apparato organizzativo interessato dalla segnalazione<sup>75</sup>, il che già consente di distinguere il *whistleblower* dalle figure del *bellringer*<sup>76</sup>, del giornalista d'inchiesta<sup>77</sup> e del testimone o della persona informata sui fatti<sup>78</sup>; peraltro si richiede che tale apparato organizzativo sia finalizzato al perseguimento di scopi leciti<sup>79</sup>, ciò che permette di tenere distinto il segnalante anche dall'informatore e dal collaboratore di giustizia<sup>80</sup>.

Altro elemento di identificazione del segnalante, questa volta non correlato a distinzioni di sorta, sta nell'accesso privilegiato che egli ha, *ratione aut occasione muneris*, a informazioni o notizie relative ad atti, procedimenti e comportamenti propri dell'ente o a questo comunque riferibili<sup>81</sup>.

o privato, interessato dalla segnalazione, ovvero anche il semplice contatto del segnalante con detto apparato, intendendosi per tale quello retto da formali specifiche norme di condotta valevoli per tutti gli strutturati e coloro i quali con esso vengono comunque in relazione.

<sup>74</sup> Letteralmente, chi suona le campane o scampanella; figurativamente, chi dà l'allarme, ossia il cittadino comune che segnala illeciti per dovere o puro spirito civico: M.P. MICELI-S. DREYFUS-J.P. NEAR, *Outsider 'Whistleblowers': Conceptualizing and Distinguishing 'Bell Ringing' Behavior*, in D. LEWIS-A.J. BROWN-R. MOBERLY-W. VANDEKERCKHOVE (eds.), *International Handbook on Whistleblowing Research*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton (MA), 2014, 71 ss.

<sup>75</sup> E. CEVA-M. BOCCHIOLA, *IsWhistleblowing*, cit., 44, con specifico riferimento al noto caso "Assange", i quali sottolineano come, tuttavia, il fenomeno possa trarre origine anche dal *whistleblowing*.

<sup>76</sup> F. GANDINI, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in *Protezione delle "vedette civiche"*, cit., 93 ss., spec. 95, il quale evidenzia come la distinzione si fondi: i) sull'iniziativa, che mentre nel caso del *whistleblowing*, come si vedrà poco più avanti nel testo, è assunta volontariamente dal segnalante, in quelli della testimonianza e dell'informazione giudiziaria è assunta da una o più parti e/o dal giudice; ii) sul bene/interesse/valore tutelato, che mentre nel caso del *whistleblowing* è costituito dal rapporto di lavoro, in quelli della testimonianza e dell'informazione giudiziaria consiste nell'integrità fisica considerata in funzione della salvaguardia della genuinità della prova. Il che, ovviamente, non esclude che il *whistleblower* possa trasformarsi in testimone o in persona informata dei fatti o che dal *whistleblowing* possano originare testimonianze o informazioni *de relato*.

<sup>77</sup> M. DAVIS, *Some Paradoxes of Whistleblowing*, in *Bus. and Prof. Eth. Journ.*, 1996, 1, 3 ss.

<sup>78</sup> A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della L. 30 novembre 2017 n. 179*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2018 (03.6), 6.

<sup>79</sup> P.B. JUBB, *Whistleblowing. A Restrictive Definition and Interpretation*, in *Journ. of Bus. Eth.*, 1999, 1, 77 ss., spec. 79.

<sup>80</sup> R. T. DEGEORGE, *Ethical Responsibility*, cit., 8.

<sup>81</sup> P.B. JUBB, *Whistleblowing*, cit., 80.

Quanto alla segnalazione, è il suo oggetto, ossia la rivelazione di possibili fatti di corruzione-malamministrazione<sup>82</sup>, a delimitare l'ambito di operatività del *whistleblowing* rispetto a quello di una generica pratica informativa<sup>83</sup>; ed è la sua finalità di pubblico interesse, ossia a far conoscere le violazioni commesse onde adottare le contromisure del caso<sup>84</sup>, a costituire lo spartiacque rispetto ad atti delatori o di spionaggio<sup>85</sup>, ovvero a iniziative riconducibili a ragioni e controversie personali o a rivendicazioni «inerenti al rapporto di lavoro nei confronti dei superiori», che come tali sottendono a «conflitti [...] disciplinati da altre norme e procedure»<sup>86</sup>.

Rivestono valenza del tutto neutra invece, anche ai fini di possibili distinzioni di sorta, i motivi che spingono il *whistleblower* ad assumere l'iniziativa<sup>87</sup>.

Delineate le coordinate essenziali del fenomeno, va fatto cenno ad alcune ipotesi in cui vengono in discussione la sua astratta configurabilità e, con essa, l'applicabilità del relativo regime di protezione.

Si tratta, anzitutto, della segnalazione anonima, che concettualmente se ne porrebbe agli antipodi tanto da apparirne la negazione<sup>88</sup> finendo per trasmutarlo nella mera divulgazione di notizie confidenziali e riservate<sup>89</sup>. Si tratta, ancora, del ricorso a canali di segnalazione diversi da quelli previsti dalla specifica normativa di

<sup>82</sup> In ciò seguendol'impostazione di A.O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1970, ripresa da J.P. NEAR-M.P. MICELI, *Organizational Dissidence*, cit., 7.

<sup>83</sup> E. CEVA-M. BOCCHIOLA, *Is Whistleblowing*, cit., 25.

<sup>84</sup> Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 357 ss., con commento critico di A. RENZI, *Quando la trasparenza non previene la corruzione: whistleblowing e riservatezza*. La sentenza, che riforma Tar Campania, Napoli, sez. VI, 20 marzo 2019, n. 1553 (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) e dalla quale sono tratte le espressioni tra virgolette, afferma che «ogni qualvolta si sia in presenza di una segnalazione [...] non motivata “nell'interesse all'integrità della pubblica amministrazione” (come avviene quando vi confluiscano anche scopi di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro)», non può fondatamente parlarsi di *whistleblowing* con la conseguente inapplicabilità delle tutele previste in favore del *whistleblower* (nella fattispecie la sottrazione all'accesso ex artt. 22 e ss. l. n. 241/1990). In termini, Tar Campania, Napoli, sez. VI, 23 maggio 2018, n. 3880, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (da cui la sentenza n. 1553/2019, resa tra le stesse parti e poi riformata dal Consiglio di Stato, si era discostata).

<sup>85</sup> Che possono comprendere ragioni commendevoli (finalità etico-sociali), così come riprovevoli (ripicca, vendetta, etc.) o prosaiche (ricompense e altre utilità): E. CEVA-M. BOCCHIOLA, *op. cit.*, 33.

<sup>86</sup> Come si legge in T. FABI, *Whistleblowing: all'Anac due segnalazioni al giorno (ma molte sono anonime)*, in [www.linkiesta.it](http://www.linkiesta.it) (17.7.2019, intervista rilasciata dall'allora Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Raffaele Cantone).

<sup>87</sup> Cfr., per tutti, R. SAGAR, *Secrets and Leak: The Dilemma of State Secrecy*, Princeton University Press, Princeton, 2013, 187 ss.

<sup>88</sup> Cons. St., sez. VI, n. 28/2020, cit., con riferimento a segnalazione che, oltre a non essere motivata nell'interesse all'integrità della pubblica amministrazione, risulta altresì non indirizzata ai soggetti [...] indicati» dalla normativa di riferimento – nella specie l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 – «(responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza»; Autorità nazionale anticorruzione; autorità giudiziaria ordinaria o contabile).

<sup>89</sup> D. FARRELL-J.C. PETERSEN, *Patterns of Political Behavior in Organizations*, in *Ac. of Man. Rev.*, 1982, 7, 402 ss.; G. KING, *The Implications of Any Organization's Structure on Whistleblowing*, in *Journ. of Bus. Eth.*, 1999, 4, 315 ss.

riferimento, indice sintomatico dell'operatività di altri meccanismi e strumenti<sup>90</sup>. E si tratta, altresì, dell'utilizzo di canali di segnalazione esterni all'organizzazione interessata, che mentre per alcuni costituirebbero i soli in presenza dei quali sarebbe consentito parlare propriamente di *whistleblowing*<sup>91</sup>, per altri invece, passando per una serie di posizioni intermedie<sup>92</sup>, rappresenterebbero soltanto l'*extrema ratio* del sistema<sup>93</sup>.

Da tutti questi elementi scaturiscono più possibili tipologie di *whistleblowing*<sup>94</sup> che possono variamente combinarsi tra loro dando luogo a modelli teorici distinti e differenziati.

#### 4. Paradigmi normativi: il *whistleblowing* nel diritto internazionale.

La traduzione in termini normativi del *whistleblowing*, dichiaratamente effettuata nel nome della protezione del segnalante, pone di fronte a un articolato e complesso sistema di fonti multilivello, il quale fa registrare la tendenza a iscrivere l'istituto all'interno di una cornice più ampia di quella finora considerata e, anche perciò, a ibridare ulteriormente i modelli teorici di partenza.

Il diritto internazionale, che da «luogo di confronto delle sovranità nazionali» diviene anche e sempre di più sede di orientamento delle scelte interne<sup>95</sup>, si occupa

<sup>90</sup> J.R. BOATRIGHT, *Ethics and the Conduct of Business*, Prentice Hall, Upper Saddle River, 2000, 105 ss., attribuisce rilievo qualificante all'impiego di canali di segnalazione esterni; J.P. NEAR-M.T. REGH-J.R. VAN SCOTTER-M.P. MICELI, *Does Type of Wrongdoing Affect the Whistle-Blowing Process?*, in *Bus. Eth. Quart.*, 2004, 2, 219 ss., ritengono utilizzabili, indifferentemente, tanto i canali interni quanto quelli esterni.

<sup>91</sup> E. CEVA-M. BOCCHIOLA, *Iswhistleblowing*, cit., 32, considerano i canali esterni come strumento eventuale e residuale a cui fare ricorso nel solo caso in cui la segnalazione interna sia rimasta del tutto priva di riscontro o abbia avuto un seguito comunque insoddisfacente.

<sup>92</sup> Per un'utile quadro di sintesi, F. GANDINI, *Il whistleblowing*, cit., 93 ss., spec. 94-95, il quale evidenzia come si distingue tra: *inside* e *outsidewhistleblowing*, in funzione dell'appartenenza o meno del *whistleblower* all'organizzazione interessata dalla segnalazione; *internaled externalwhistleblowing*, in conseguenza del canale di segnalazione utilizzato; *authorized* e *unauthorizedwhistleblowing*, in funzione della necessità di un assenso alla segnalazione e/o alla denuncia da parte dell'organizzazione interessata; *anonymouse identified* (o *identifiable*) *whistleblowing*, con riferimento alla possibilità di identificare o meno il segnalante.

<sup>93</sup> N. PARISI, *Profili di diritto internazionale e sovranazionale*, cit., 1; in argomento, cfr. altresì C. FLORIO, *Il whistleblowing nella letteratura internazionale*, in *Riv. dott. Comm.*, 2007, 5, 927 ss.

<sup>94</sup> Cfr., nel sistema onusiano, gli artt. 8, comma 4, e 33 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (Convenzione di Merida del 31 ottobre 2003). Più in particolare, questa seconda disposizione prevede l'obbligo per «[c]iascuno Stato Parte» di considerare «la possibilità», e dunque in definitiva la semplice facoltà per lo stesso, «di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati» ivi previsti.

<sup>95</sup> Cfr. art. III, comma 8 della Convenzione Inter-Americana contro la corruzione (29 marzo 1996), art. 5, commi 5 ss. della Convenzione dell'Unione africana sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione (1° luglio 2003) e art. 14 della Convenzione Araba anticorruzione (21 dicembre 2010), le quali, a differenza della Convenzione di Merida, contemplano un preciso obbligo per gli Stati firmatari di dotarsi di un sistema di tutela dei segnalanti.

del *whistleblowing* in numerosi atti tra loro differenti per natura, portata e vincolatività, quali sono le convenzioni di respiro universale<sup>96</sup> o di ambito più circoscritto<sup>97</sup> nonché una serie di altri vari documenti<sup>98</sup>, considerandolo in una duplice prospettiva: quella tradizionale del contrasto alla corruzione e quella di matrice europea, affermatasi in un secondo momento, sia a complemento della prima che in via autonoma, della promozione e della salvaguardia dei diritti fondamentali di espressione e di informazione; quest'ultimo inteso in senso tanto attivo quanto passivo.

L'apertura a tale ulteriore prospettiva, incentrata sul ruolo informativo assolto dal *whistleblowing* nei confronti della comunità amministrata riguardo al malfunzionamento dei pubblici poteri, che vengono così ulteriormente responsabilizzati<sup>99</sup>, si traduce nella rimappatura della portata degli elementi identificativi del *whistleblowing* e in una rivisitazione di aspetti qualificanti lo strumentario della tutela fruibile.

E così il segnalante viene collocato entro una più vasta ed eterogenea platea di soggetti che a partire dal dipendente, ora soltanto pubblico<sup>100</sup> ora anche privato<sup>101</sup>,

Nel sistema dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, la Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni internazionali (7 dicembre 1997) non fa riferimento al *whistleblowing*, che tuttavia è contemplato dai documenti relativi alla prassi integrativa degli artt. 2 (responsabilità delle persone giuridiche) e 5 (applicazione) della stessa; documenti che consistono in Linee guida (2000), Raccolte di principi (2004) e Raccomandazioni (1998, sul miglioramento della condotta etica nel servizio pubblico; 2009, sulla lotta alla corruzione internazionale nelle transazioni internazionali; 2016, per lo sviluppo della cooperazione tra gli attori per la gestione del rischio di corruzione; 2017, sull'integrità pubblica). Nel sistema dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, una base giuridica per la tutela del *whistleblower* è rinvenibile nell'art. 5, lett. c) della Convenzione sulla cessazione del rapporto di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro (C158 del 22 giugno 1982).

<sup>96</sup> In argomento, cfr. i c.d. Principi del G-20 di Osaka (*G20 High-Level Principles for the Effective Protection of Whistleblowers*, 28 e 29 giugno 2019). Ulteriori indicazioni possono rinvenirsi nei c.d. Principi di Tshwane (*Global Principles on National Security and the Right to Information*, 12 giugno 2013), nonché nei Rapporti sulla libertà di opinione e di espressione (Rapporto ONU del 2015, i vari Rapporti, a partire dal 1998, dell'Organizzazione degli Stati americani) o elaborati da reti internazionali (Rapporto *Whistleblowing International Network – WIN* del 2018): su tali rapporti, per un utile prospettiva di sintesi, v. R. SCATTURRO, *Defining*, cit., 10 ss.

<sup>97</sup> L. VALLI, *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it), 2019, 1, pubblicato anche in [www.lavorodirittieuropa.it](http://www.lavorodirittieuropa.it), 2020, 2; N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in [www.lavorodirittieuropa.it](http://www.lavorodirittieuropa.it), 2020, 2, spec. 12 ss.

<sup>98</sup> Cfr. l'art. 8, §4 della Convenzione di Merida (che tuttavia, come precisato a nota n. 98, all'art. 33 prende in considerazione anche «ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati» ivi previsti), la Convenzione Inter-Americana contro la corruzione (che, come si preciserà a nota n. 107, all'interno della medesima disposizione contempla, accanto ai pubblici dipendenti, anche i privati cittadini), nonché le Raccomandazioni dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico del 1998, sul miglioramento della condotta etica nel servizio pubblico e del 2016, per lo sviluppo della cooperazione tra gli attori per la gestione del rischio di corruzione.

<sup>99</sup> Cfr. la Raccomandazione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico del 2009, sulla lotta alla corruzione internazionale nelle transazioni internazionali.

<sup>100</sup> Cfr. la Convenzione Araba Anti-corruzione.

<sup>101</sup> Cfr. i Rapporti dell'Organizzazione degli Stati americani sulla libertà di espressione.

annovera gli informatori, i testimoni e gli esperti<sup>102</sup>, chi divulghi informazioni riservate o segrete<sup>103</sup>, i cittadini, *tout court*<sup>104</sup> o privati<sup>105</sup>, fino a ricomprendere chiunque<sup>106</sup>; soggetti, questi, che vengono ritenuti meritevoli di tutela purché abbiano effettuato la segnalazione in buona fede<sup>107</sup> ovvero, in una prospettiva improntata a maggior rigore e aderenza alla funzione informativa verso la collettività assolta dal segnalante, nel ragionevole convincimento della veridicità e illiceità del fatto segnalato<sup>108</sup>. A costoro si aggiungono eventuali terzi, come le vittime degli illeciti segnalati, i loro parenti e le persone vicine, ai quali viene formalmente estesa la protezione prevista per il segnalante<sup>109</sup>.

L'accomunamento di tutti tali soggetti, a cui si accompagna dove la messa a punto e dove l'ulteriore ampliamento del possibile oggetto della segnalazione<sup>110</sup>, che può

<sup>102</sup> Cfr. la Convenzione dell'Unione africana sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione, il cui richiamo ai «cittadini» pone l'ulteriore problema se i destinatari della relativa disciplina siano esclusivamente quelli in senso formale, ossia quelli aventi la nazionalità di uno degli Stati aderenti, ovvero se per estensione o analogia possano esserlo anche quanti dimorano o lavorano in uno o più di tali Stati, come ad esempio i lavoratori immigrati: in argomento, cfr. R. SCATTURRO, *Defining*, cit., 8.

<sup>103</sup> Cfr. la Convenzione Inter-Americana contro la corruzione, che all'interno della medesima disposizione contempla, accanto ai pubblici dipendenti, anche i privati cittadini.

<sup>104</sup> Cfr. il più volte richiamato art. 33 della Convenzione di Merida, che contiene altra disposizione (l'art. 8, comma 4) che fa specifico riferimento ai pubblici dipendenti; cfr., altresì, il Rapporto dell'ONU sulla libertà di espressione e il Rapporto del *Whistleblowing International Network*.

<sup>105</sup> Cfr. l'art. 33 (ma non anche l'art. 8, comma 4) della Convenzione di Merida, la Convenzione Inter-Americana contro la corruzione, nonché i Rapporti dell'Organizzazione degli Stati americani sulla libertà di espressione.

<sup>106</sup> Cfr. l'art. 33 (ma non anche l'art. 8, comma 4) della Convenzione di Merida, le richiamate Raccomandazioni dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico del 1998, sul miglioramento della condotta etica nel servizio pubblico, del 2009, sulla lotta alla corruzione internazionale nelle transazioni internazionali, e del 2016, per lo sviluppo della cooperazione tra gli attori per la gestione del rischio di corruzione.

<sup>107</sup> Cfr. la Convenzione Araba Anti-corruzione.

<sup>108</sup> L'oggetto della segnalazione, infatti, può consistere in «atti» (Convenzione Inter-Americana contro la corruzione) o «casi» (Convenzione dell'Unione africana sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione e la Raccomandazione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico del 2016, per lo sviluppo della cooperazione tra gli attori per la gestione del rischio di corruzione) di corruzione-reato, peraltro tutti indistintamente (Convenzione Inter-Americana contro la corruzione e la Convenzione dell'Unione africana sulla prevenzione e il contrasto alla corruzione) o soltanto quelli contemplati dallo specifico testo normativo di riferimento (Convenzione di Merida e la Convenzione Araba Anti-corruzione), ovvero in qualunque ipotesi di malamministrazione idonea ad arrecare pregiudizio, «attuale» (Rapporto del *Whistleblowing International Network*) o anche meramente «potenziale» (Rapporto dell'ONU e i Rapporti dell'Organizzazione degli Stati americani sulla libertà di espressione) al pubblico interesse (Rapporto del *Whistleblowing International Network*), *tout court* (Rapporto del *Whistleblowing International Network*) ovvero con riferimento a particolari settori (Rapporto dell'ONU sulla libertà di espressione, che fa riferimento, tra l'altro, alle informazioni concernenti violazioni del diritto nazionale e internazionale, violazioni in materia ambientale, di rifiuti, di salute e sicurezza pubblica, nonché abusi di potere; cfr., altresì, i Rapporti dell'Organizzazione degli Stati americani sulla libertà di espressione, i quali contemplano le informazioni riguardanti violazioni dell'ordinamento in genere, disfunzioni degli enti pubblici, salute, ambiente, diritti umani e relative norme di protezione), la cui elencazione è convenzionalmente considerata come non tassativa.

<sup>109</sup> N. PARISI, *La funzione del whistleblowing*, cit., 6.

<sup>110</sup> N. PARISI, *op. cit.*, 14-15, evidenzia come, in questa prospettiva, la reputazione dell'apparato organizzativo interessato dalla segnalazione debba cedere «di fronte all'effettiva tutela del diritto d'informazione»; e come analogo discorso riguardi il «bilanciamento fra la tutela del segnalante e le esigenze di salvaguardare la sicurezza

andare ben oltre la finalità anticorruptiva, non sembra tuttavia idoneo a neutralizzare il distinguo, che rimane affidato agli ordinamenti nazionali<sup>111</sup>, tra il *whistleblowing* e gli altri fenomeni o istituti consimili; lo stesso dicasi a proposito dei terzi, in quanto l'avergli esteso la protezione prevista per il segnalante rileva a soli fini di disciplina e in funzione di chiusura del sistema, senza perciò farne altrettanti *whistleblowers* nel senso proprio del termine di cui si è detto in precedenza.

Analogo discorso può farsi per il sistema delle tutele che, da plesso attestato sul trinomio "segnalante-organizzazione interessata dalla segnalazione-segnalato", viene ad acquistare, per effetto dell'ingresso in campo della collettività dei cittadini che ha diritto a essere informata, struttura quadriadica e consistenza di rete di protezione anche delle finalità e del contenuto della segnalazione; ciò che, sul piano della conformazione e dell'applicazione del regime giuridico, sposta l'equilibrio degli interessi in gioco tendenzialmente in direzione del segnalante, il quale viene considerato, oltre che in sé e per sé, soprattutto per la peculiare funzione di pubblico interesse da lui assolta nell'esercitare i propri diritti fondamentali attraverso la segnalazione<sup>112</sup>.

Per il resto, le più recenti fonti internazionali contengono un complesso di principi e regole, a mo' di epitome con valore di *vademecum*, funzionali al raggiungimento di un elevato ed effettivo livello di protezione dei segnalanti<sup>113</sup>; principi e regole che, pur se dettati nella dichiarata ottica del contrasto alla corruzione, sembrano utilizzabili anche nell'altra prospettiva del diritto fondamentale all'informazione.

Si tratta, in particolare, dell'adozione di leggi e politiche chiare e specificamente dedicate per intero al *whistleblowing*; dell'istituzione di canali di segnalazione di agevole riconoscibilità e accessibilità e senza vincoli gerarchici l'uno rispetto all'altro; della preminenza da accordare alla riservatezza dell'identità del segnalante; della

---

nazionale, l'ordine pubblico, la sanità pubblica o la sicurezza internazionale», le quali, oltre a operare in via di eccezione, debbono rispondere a rigorosi canoni di legalità-tipicità, necessità, proporzionalità e tassatività-determinatezza.

<sup>111</sup> Cfr., ad esempio, i Principi del G20 ai quali, a mero titolo esemplificativo, si fa riferimento nel testo.

<sup>112</sup> Cfr., tra gli strumenti pattizi adottati nell'ambito dell'integrazione regionale europea, l'art. 9 della Convenzione civile del Consiglio d'Europa contro la corruzione (4 novembre 1999), che obbliga gli Stati Parti all'adozione di appropriate misure di protezione nei confronti dei lavoratori che, in buona fede o avendone il ragionevole sospetto, segnalano episodi di corruzione alle autorità o ai soggetti competenti. Una disposizione analoga è contenuta nell'art. 22 della Convenzione penale contro la corruzione (27 gennaio 1999), che però riguarda i collaboratori di giustizia e i testimoni i quali, come chiarito nel testo, non possono a rigore qualificarsi come *whistleblowers*. Con riferimento al diritto euro-unitario, cfr., prima della direttiva 2019/1937, si possono ricordare, oltre a una comunicazione della Commissione (2003) e a un documento della Struttura di supporto al Parlamento (2006), soprattutto la raccomandazione del Comitato dei Ministri (2014)7, le risoluzioni del Consiglio (2015)2060 e 2019(2300) e la comunicazione della Commissione (2018) 214 finale. A questi atti e documenti, *adde*P. STEPHENSON-M. LEVI, *Protection of Whistleblowers: a study on the feasibility of a legal instrument on the protection of employees who make disclosures in the public interest*, Council of Europe, CDCJ(2012)9 final.

<sup>113</sup> Cfr., per tutti, cfr. N. BOWIE, *Business*, cit. 142-148, il quale nei primi anni Ottanta del secolo scorso evidenziava come la segnalazione potesse essere finalizzata anche per "dar voce" ai diritti fondamentali.

definizione, ispirata a tassatività e determinatezza, delle misure ritorsive; dell'approntamento di un sistema onnicomprensivo di protezione da queste ultime e dalle misure discriminatorie, anche per il tramite di un apparato sanzionatorio effettivo, proporzionato e dissuasivo; della previsione di ipotesi di esenzione da responsabilità del segnalante per le segnalazioni meritevoli di tutela; della messa in atto di campagne di informazione e iniziative di formazione e sensibilizzazione degli addetti ai lavori e dell'opinione pubblica quali strumenti di promozione e valorizzazione dell'istituto; dell'attivazione di procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione della normativa e sulla valutazione del suo impatto e della sua efficacia; dell'assunzione di un ruolo guida nei confronti di altri Stati che intendano dotarsi di una legislazione in materia o implementare quella già esistente.

## 5. (segue). Il *whistleblowing* nel diritto europeo.

Anche il diritto europeo, nell'occuparsi in più sedi del *whistleblowing*<sup>114</sup>, ne implementa la funzione anticorruptiva facendo parimenti leva sui diritti fondamentali di espressione e di informazione, che pure qui parallelamente rilevano *exse*; ché anzi quest'ultimo aspetto dell'istituto, già intravisto dalla dottrina<sup>115</sup>, proprio nell'ordinamento europeo ha trovato origine ufficiale e compiuto sviluppo<sup>116</sup> per poi, come si visto nel paragrafo precedente, acquistare cittadinanza anche in altri e più ampi contesti.

La direttiva 2019/1937, che a fini di armonizzazione dei vari ordinamenti nazionali detta gli *standard* di protezione del segnalante<sup>117</sup> prescrivendo agli Stati membri di attenersi al principio del trattamento più favorevole e di osservare la clausola di non regressione<sup>118</sup>, rappresenta l'ultimo e più avanzato tassello in materia.

Essa, così come le altre fonti europee che l'hanno preceduta e a differenza delle (altre) fonti internazionali, guarda al *whistleblowing* in termini di maggiore specificità e autonomia, identificando il segnalante nel lavoratore pubblico o privato che abbia acquisito informazioni all'interno dei «contesti lavorativi» interessati dalla segnalazione, dei quali fa parte a qualunque titolo, anche quando il rapporto di

<sup>114</sup> Cfr., per tutte, Corte EDU, Gr. Cam., 12 febbraio 2008 (14277/04) e sez. II, 27 febbraio 2018 (1085/10), Guja c. Moldavia, che rappresenta il caso più noto e importante in materia, cui *addesez.* III, 22 novembre 2007 (64752/01), Voskuil c. Paesi Bassi;; sez. I, 26 febbraio 2009 (29492/05), Kudeshkina c. Russia; sez. V, 21 luglio 2011 (28247/08) Heinisch c. Germania; sez. III, 8 gennaio 2013 (40238/02) Bucur e Toma c. Romania; sez. II, 21 ottobre 2014 (73571/10) Matúz c. Ungheria; sez. II, (49085/07) Görmüs c. Turchia, tutte in *www.hudoc.echr.coe.int*, le quali fanno riferimento all'art. 10, §1 della Convenzione EDU.

<sup>115</sup> *Considerando* 104 e art. 1.

<sup>116</sup> *Considerando* 104 e art. 25.

<sup>117</sup> *Considerando* 36-41 e art. 4.

<sup>118</sup> Art. 4, § 4, lett. b).

lavoro non sia «ancora iniziato» o sia «nel frattempo terminato», trovando protezione in queste due ultime ipotesi per via delle informazioni acquisite in fase di selezione o di trattative precontrattuali ovvero in costanza di rapporto<sup>119</sup>.

Ciò, per un verso, comporta l'allineamento del settore privato a quello pubblico, il che costituisce il principale nodo problematico del nostro sistema; e per altro verso, procedendo da una nozione prettamente fattuale, aperta e fluida come quella di «contesti lavorativi», anziché tecnica, più rigida e circoscritta come quella di enti, sembra rivolto a cogliere, di tali contesti, le diverse sfaccettature e le varianti che possono presentarsi nella multiforme e mutevole realtà concreta, nondimeno mantenendo saldamente il fenomeno in ambito organizzativo-lavorativo.

Di tanto può trarsi conferma anche dall'estensione, «ove opportuno», della protezione prevista in favore del segnalante alle varie categorie di soggetti a lui vicini, quali persone a rischio di ritorsione come colleghi e parenti<sup>120</sup>, dipendenti, collaboratori e assimilati<sup>121</sup> e, novità assoluta, i «facilitatori»<sup>122</sup>; senza che possa rilevare in contrario il riferimento ai parenti del segnalante, trattandosi dell'unica eccezione, che peraltro assolve alla chiara finalità di rafforzare trasversalmente la posizione dello stesso segnalante incentivandolo anche per questa via a effettuare la segnalazione.

In linea con la prospettiva dei diritti fondamentali di espressione e informazione, l'oggetto di quest'ultima si profila come potenzialmente illimitato, considerata l'ampiezza della nozione di «informazioni sulle violazioni», che arriva a comprendere pure i fondati sospetti di violazioni anche soltanto potenziali<sup>123</sup>, con il conseguente rafforzamento della funzione preventiva della segnalazione che in tal modo viene ad assumere contorni quasi precauzionali<sup>124</sup>; violazioni che, per di più, spaziano da quelle del diritto eurounitario commesse in una vasta pluralità di settori d'interesse generale<sup>125</sup> il cui numero è nel potere degli Stati membri aumentare<sup>126</sup>, a

<sup>119</sup> Art. art. 4, § 4, lett. c): «soggetti giuridici di cui le persone segnalanti sono proprietarie, per cui lavorano o a cui sono altrimenti connesse in un contesto lavorativo».

<sup>120</sup> Art. art. 4, § 4, lett. a). A termini del successivo art. 5, n. 8), «facilitatore» è «una persona fisica che assiste una persona segnalante nel processo di segnalazione in un contesto lavorativo e la cui assistenza deve restare riservata».

<sup>121</sup> *Considerando* 43 e art. 5, n. 2).

<sup>122</sup> S. BOK, *Whistleblowing and Professional Responsibility*, in *NYU Ed. Quart.*, 1980, 4, 2 ss.

<sup>123</sup> Quali appalti pubblici; servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; sicurezza e conformità dei prodotti; sicurezza dei trasporti; tutela dell'ambiente; radioprotezione e sicurezza nucleare; sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali; salute pubblica; protezione dei consumatori; tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi: *considerando* 3-14 e art. 2, § 1, lett. a).

<sup>124</sup> Potere che discende dal carattere dichiaratamente minimale della direttiva (*considerando* 5 e art. 2, § 1 e 2).

<sup>125</sup> *Considerando* 15 e art. 2, § 1, lett. b).

<sup>126</sup> *Considerando* 16-18 e art. 2, § 1, lett. c). Si tratta di violazioni comprensive anche di quelle «[...] delle norme dell'Unione in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, nonché violazioni riguardanti il mercato interno connesse ad atti che violano le norme in materia di imposta sulle società o i meccanismi il cui fine è ottenere un

quelle lesive degli interessi finanziari dell'Unione<sup>127</sup>, nonché a quelle relative alle regole di funzionamento del mercato interno inteso in senso lato<sup>128</sup>.

Un'ulteriore spinta in questa direzione può trarsi dal cambio di paradigma riguardo alla condizione psicologica del segnalante, in quanto l'articolato normativo non si attesta sulla semplice buona fede, ma va oltre, richiedendo invece che egli abbia «fondati motivi di ritenere» i fatti posti a base della segnalazione come veri e sussumibili «nell'ambito di applicazione della [...] direttiva»<sup>129</sup>; donde la maggior responsabilizzazione, accanto a quella dei pubblici poteri, anche dello stesso *whistleblower*, che è tenuto a un più rigoroso controllo dell'attendibilità di ciò che intende segnalare<sup>130</sup>, a partire dalle fonti d'informazione.

La prospettiva dei diritti di espressione e d'informazione innerva anche la disciplina delle «condizioni per la protezione» del segnalante<sup>131</sup>, al cui interno vengono affrontati i principali profili problematici emersi dal dibattito dottrinale sulla consistenza del *whistleblowing*.

E così, mentre la segnalazione anonima, che è formalmente prevista «in forza del diritto dell'Unione», non preclude eventuali differenti scelte da parte degli ordinamenti nazionali<sup>132</sup>, la protezione apprestata dalla direttiva è subordinata all'utilizzo dei soli canali di segnalazione ivi contemplati<sup>133</sup>, ossia quelli interni<sup>134</sup>, quelli esterni<sup>135</sup> e la c.d. divulgazione pubblica<sup>136</sup>; la quale ultima, quasi a ribadire la specificità del *whistleblowing*, non comprende la comunicazione «diretta alla stampa» quale forma di manifestazione delle «libertà di espressione e d'informazione» che siano autonomamente protette dal diritto interno<sup>137</sup>.

L'indicazione agli Stati membri di incoraggiare a date condizioni il ricorso ai canali interni<sup>138</sup>, certamente i più immediati e diretti ma anche tendenzialmente i più esposti

vantaggio fiscale che vanifica l'oggetto o le finalità della normativa applicabile in materia di imposta sulle società».

<sup>127</sup> *Considerando* 32 e art. 6, §1, lett. a).

<sup>128</sup> L. VALLI, *Whistleblowing, verità e democrazia*, cit., 14.

<sup>129</sup> Mutuando la rubrica dell'art. 6.

<sup>130</sup> *Considerando* 34 e art. 6, §2.

<sup>131</sup> Art. 6, §1, lett. b).

<sup>132</sup> *Considerando* 33, 51 ss. e artt. 7-9.

<sup>133</sup> *Considerando* e artt. 10-14.

<sup>134</sup> Art. 15.

<sup>135</sup> Art. 15, §2.

<sup>136</sup> *Considerando* 47 ss. e art. 7, §2, ossia «laddove la violazione possa essere affrontata efficacemente a livello interno e la persona segnalante ritenga che non sussista il rischio di ritorsioni».

<sup>137</sup> Art. 15, §1, lett. a), laddove, effettuata la segnalazione, per via interna e/o esterna, questa non abbia avuto séguito o comunque séguito appropriato nei termini previsti dalla direttiva (tre mesi nell'ipotesi di segnalazione attraverso canali interni e tre mesi o, «in casi debitamente giustificati», sei mesi nell'ipotesi di segnalazione attraverso canali esterni).

<sup>138</sup> Art. 15, §2, lett. b), laddove il segnalante abbia «fondati motivi di ritenere che: i) la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse, come nel caso in cui sussista una situazione di emergenza o il rischio di danno irreversibile; oppure ii) in caso di segnalazione esterna, sussista il rischio di

ai condizionamenti ambientali, non istituisce un ordine gerarchico tra canali interni ed esterni, posto che essi sono percorribili o liberamente entrambi oppure facoltativamente l'uno piuttosto che l'altro e viceversa; ordine che sussiste invece rispetto alla divulgazione pubblica la quale, a seconda delle ipotesi, può rivestire un ruolo residuale per il caso in cui non si sia "mossa foglia"<sup>139</sup>, o una funzione cautelativa nelle ipotesi in cui il segnalante abbia «fondati motivi di ritenere che» l'utilizzo degli altri canali possa mettere a repentaglio il pubblico interesse o, in caso di segnalazione esterna, comporti il rischio di ritorsioni o comunque abbia ridotte prospettive di trovare idoneo séguito<sup>140</sup>.

Ad assicurare l'effettività del sistema delle segnalazioni interne ed esterne stanno l'obbligatorietà dell'istituzione dei relativi canali<sup>141</sup> e la procedimentalizzazione delle segnalazioni<sup>142</sup>, imperniate sull'obbligo di riservatezza dell'identità del segnalante<sup>143</sup> e sul séguito «diligente» da darsi alla segnalazione entro un termine ragionevole<sup>144</sup>; regole nelle quali si possono intravedere anche le prime e più immediate forme di incentivo alla segnalazione.

L'impronta delle acquisizioni maturate in tema di diritti fondamentali di espressione e di informazione è riscontrabile anche nelle disposizioni concernenti lo strumentario di tutela.

Ciò a partire dall'obbligo di riservatezza, che viene collocato tra le «disposizioni applicabili alle segnalazioni»<sup>145</sup> anziché alle «misure di protezione»<sup>146</sup> nonostante si tratti della prima garanzia per il segnalante<sup>147</sup>, e che non è assoluto, in quanto la divulgazione dell'identità di quest'ultimo, possibile soltanto purché egli vi presti espresso consenso<sup>148</sup>, è ammessa in deroga, dandogliene preventiva informazione<sup>149</sup>,

ritorsioni o le prospettive che la violazione sia affrontata efficacemente siano scarse per via delle circostanze del caso di specie, come quelle in cui possano essere occultate o distrutte prove oppure in cui un'autorità possa essere collusa con l'autore della violazione o coinvolta nella violazione stessa».

<sup>139</sup> Artt. 8 e 11.

<sup>140</sup> Artt. 9 e 12 e ss.

<sup>141</sup> *Considerando* 82 ss. e artt. 16 ss.

<sup>142</sup> Il termine è di tre mesi, nell'ipotesi di utilizzo di canali interni [art. 9, §1, lett. f)]; e di tre mesi, elevabili a sei mesi, «in casi debitamente giustificati», nell'ipotesi di utilizzo di canali esterni [art. 15, §1, lett. a)].

<sup>143</sup> Capo V.

<sup>144</sup> Capo VI.

<sup>145</sup> In quanto atto a evitare che il segnalante, in considerazione dei rapporti di colleganza o per timore reverenziale o altro, finga di non vedere illegalità o anche semplici irregolarità che si verificano all'interno del proprio ambiente di lavoro. Sul punto cfr. anche il *considerando* 82.

<sup>146</sup> Art. 16, §1.

<sup>147</sup> Art. 16, §3.

<sup>148</sup> Art. 16, §2.

<sup>149</sup> Sul significato e sull'utilizzo dei due vocaboli, G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Rag. prat.*, 2005, 2, 335 ss., il quale evidenzia la «persistente ambiguità» del termine "bilanciamento", che evoca l'«attribuire un *peso*, un valore, ad un principio rispetto ad un altro, il che implica che il principio cui viene attribuito *minor valore* viene sacrificato, accantonato, mentre l'altro prevale, ma anche nel senso» appunto di temperamento, che invece richiama l'individuare

nei soli casi in cui disposizioni dell'Unione o interne lo impongano per particolari esigenze istruttorie o a tutela del diritto di difesa del segnalato<sup>150</sup>.

Quest'ultima ipotesi pone il delicato problema, rilevante sul piano sia normativo che applicativo, dove del bilanciamento e dove del contemperamento<sup>151</sup> tra l'areale indispensabilità della divulgazione e le esigenze di riservatezza, non potendosi escludere il rischio che la difesa dalla segnalazione, costituzionalmente garantita, venga strumentalmente tramutata in difesa dal segnalante; il che riprodurrebbe a parti invertite l'accennata ipotesi della segnalazione effettuata non nell'interesse pubblico ma al solo scopo di colpire il segnalato.

Le «misure di protezione»<sup>152</sup> comprendono un ventaglio di previsioni non tassative e a tutto campo, la prima delle quali è il divieto di ritorsione, che riguarda pure quella fermata al tentativo o anche alla sola minaccia, alla stregua di un'accezione dell'atto o del comportamento ritorsivo che involge il rapporto di lavoro in senso proprio, spaziando dall'estremo del licenziamento a ipotesi per così dire minori, ma non perciò meno impattanti, fino all'annullamento di una licenza o di un permesso; una concezione che può riguardare ancor più direttamente la persona, arrivando a colpirla fin nella sfera intima, come nell'ipotesi di sottoposizione ad accertamenti medico-psichiatrici.

Questa nozione di ritorsione si presenta tendenzialmente più ampia di quella accolta dall'ordinamento italiano<sup>153</sup>, in quanto ingloba tra le altre, in rapporto di genere a specie, la misura intermedia della discriminazione; la quale invece, a

«una soluzione *mediana* che tenga conto di entrambi i principi in conflitto e che [...] li applichi o li sacrifichi entrambi» (corsivi originali). Ciò posto, l'A. intende il "bilanciamento" esclusivamente nel primo significato; sulla differenza tra "contemperamento" e "bilanciamento", R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, 230.

<sup>150</sup> Considerando 87 ss. e art. 19.

<sup>151</sup> Il concetto giuridico di ritorsione, di matrice pretoria, trova applicazione soprattutto in tema di licenziamento, intendendosi per tale quello frutto di «ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa» (Cass., sez. lav., 18 marzo 2011, n. 6282, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)) rispetto «ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione» (Cass., sez. lav., 8 agosto 2011, n. 7087, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)). La ritorsione, in forza degli artt. 1324 e 1345 cod. civ., viene assimilata al motivo illecito; il relativo onere della prova incombe sul lavoratore che, se riesce anche a dimostrare che essa ha costituito l'unica ragione determinante dell'atto datoriale, può ottenerne l'annullamento.

<sup>152</sup> Sul concetto giuridico di discriminazione, di matrice normativa, si sono formati due diversi orientamenti: uno che, per via di interpretazione estensiva (Cass., sez. lav., n. 6282/2011, cit.) o di assimilazione (Cass., sez. lav., n. 17087/2011, cit.), lo ritiene comprensivo anche della ritorsione; l'altro che distingue tra ritorsione e discriminazione, evidenziando come quest'ultima esuli dall'intento ritorsivo e comporti la nullità del licenziamento per «violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo» – tra le quali gli artt. 3 e 37 Cost., 4 l. n. 604/1966, 15 l. n. 300/1970, 13 l. n. 903/1977, 3 l. n. 108/1990, la l. n. 125/1991, i d.lgs. n. 151/2006 e 198/2006, le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 200/43/CE (recepita con d.lgs. n. 215/2003), 2000/78/CE (recepita con d.lgs. n. 216/2003) e 2006/54 CE (recepita con d.lgs. n. 5/2010) – «senza passare attraverso la mediazione dell'art. 1345 c.c.» (Cass., sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)).

<sup>153</sup> Art. 20.

seconda degli orientamenti formati in seno al dibattito nazionale in materia, o ricomprende, all'opposto, la ritorsione o comunque se ne distingue nel segno della reciproca autonomia delle due figure<sup>154</sup>.

Ulteriori importanti tasselli del sistema di protezione, con funzione anche promozionale dell'istituto, sono costituiti dall'obbligo fatto agli Stati membri di prevedere anzitutto «misure di sostegno» in favore del segnalante<sup>155</sup>, le quali vanno dalla semplice attività d'informazione sulle tutele previste in materia fino all'assistenza legale e al supporto psicologico; misure che parte della dottrina ritiene doversi implementare mediante l'introduzione degli strumenti di attenuazione della responsabilità previsti in altre branche ordinarie<sup>156</sup>.

A tali misure si aggiungono quelle «di protezione dalle ritorsioni»<sup>157</sup>, che vanno dall'esonero da eventuali responsabilità legate alla segnalazione, purché effettuata sulla scorta dei «fondati motivi» di cui si è detto in precedenza, fino alla presunzione *juris tantum* del carattere ritorsivo dell'atto o comportamento che abbia procurato un danno al segnalante, con la conseguente inversione dell'onere della prova a carico del segnalato; nonché «misure per la protezione delle persone coinvolte»<sup>158</sup>, che si rifanno ai principali diritti previsti in materia di cittadinanza e giustizia dalla Carta di Nizza e che la stessa direttiva prevede essere non rinunciabili né altrimenti comprimibili<sup>159</sup>.

Completa il quadro così delineato l'obbligo fatto agli Stati membri di dotarsi di un apparato sanzionatorio<sup>160</sup>, improntato anch'esso agli oramai consueti canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività, tanto nei confronti di chi abbia adottato atti o tenuto comportamenti rivolti contro la segnalazione o il segnalante<sup>161</sup>, quanto nei confronti di quest'ultimo che abbia consapevolmente (e *a fortiori* intenzionalmente) segnalato o divulgato il falso; apparato sanzionatorio che ha natura polifunzionale

<sup>154</sup> P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana*, cit., 754 ss., spec. 757-760, fa riferimento ai programmi di clemenza propri del diritto *antitrust*, da utilizzare nel caso in cui il *whistleblower* sia in qualche misura coinvolto nei fatti segnalati.

<sup>155</sup> Art. 21.

<sup>156</sup> L'art. 22 della direttiva richiama il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (art. 48 della Carta), nonché la presunzione di innocenza e i diritti della difesa (art. 49 della Carta), compreso il diritto di essere sentiti e di accedere al proprio fascicolo (art. 41, §2 della Carta).

<sup>157</sup> Art. 24.

<sup>158</sup> Art. 23.

<sup>159</sup> Quali l'aver ostacolato o tentato di ostacolare la segnalazione, l'aver posto in essere atti ritorsivi o avviato procedimenti vessatori, l'aver violato l'obbligo di riservatezza.

<sup>160</sup> Cfr., in termini generali, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1983; G. PAGLIARI, *Profiliteorici della sanzione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1988; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

<sup>161</sup> Network European Integrity Whistleblowing Authorities (NEIWA), fondata all'Aja il 24 maggio 2019, Dichiarazione di Parigi del 2 dicembre 2019.

costituendo, giusta lo stato dell'arte in materia, anche un importante strumento indiretto di cura dei pubblici interessi<sup>162</sup>.

Per la migliore attuazione possibile del contenuto della direttiva sta poi quanto raccomandato dalla Rete delle autorità europee per l'integrità e il *whistleblowing*<sup>163</sup> che, quale organismo per il coordinamento delle istituzioni statali competenti, ha posto l'accento tra l'altro<sup>164</sup> anche sulla necessità che i sistemi nazionali siano sostenuti «da risorse sufficienti»<sup>165</sup>; indicazione alla cui stregua andrebbero valutate le clausole d'invarianza dalle quali, come da noi, è connotata la normativa di settore e in qualche misura condizionato lo sviluppo dell'istituto.

## 6. (segue). La realtà italiana.

Se il panorama dei vari ordinamenti nazionali si presenta per forza di cose alquanto frastagliato<sup>166</sup>, le vicende italiane del *whistleblowing* richiamano la suggestiva

<sup>162</sup> Quali una legislazione nazionale accessibile a tutti (nel senso di coerente, chiara, attuabile e comprensibile e affiancata da campagne di informazione e sensibilizzazione all'opinione pubblica e agli attori pubblici e privati responsabili dei meccanismi di segnalazione), altamente protettiva e garante dell'efficace séguito alle segnalazioni.

<sup>163</sup> Nell'ambito di questa specifica linea d'intervento si raccomanda altresì di «garantire la necessaria indipendenza e integrità delle strutture responsabili» in materia.

<sup>164</sup> Lasciando da parte gli Stati che ancora non hanno legiferato in materia, l'introduzione dell'istituto negli ordinamenti nazionali può avvenire in vari modi e forme (attraverso una normativa *ad hoc*, talvolta anche di rango costituzionale, o mediante l'emanazione di disposizioni contenute in una o più leggi settoriali, ad es. anticorruzione, concorrenza, disciplina dei rapporti di lavoro, etc.) e dar luogo ad assetti di disciplina alquanto differenti: per un'interessante prospettiva comparatistica, G. THÜSING-G. FORST (eds.), *Whistleblowing—A Comparative Study*, Springer Cham, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2016; C.R. APAZA-Y. CHANG (eds.), *Whistleblowing in the World. Government Policy, Mass Media and the Law*, Palgrave Macmillan, London, 2017.

<sup>165</sup> In sede internazionale e sovranazionale, a più riprese da parte del Gruppo di lavoro contro la corruzione dell'OCSE nel 2004 (*Italy: Phase 2. Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions*), nel 2007 (*Italy: Phase 2. Follow-up Report on the implementation of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions*) e nel 2008 (*Follow-up from Italy on the Implementation of Specific Phase 2 Recommendations*), nonché da parte del Gruppo degli Stati contro la corruzione nel 2009 (*Joint First and Second Evaluation Round-Evaluation report on Italy*); in sede nazionale, da parte dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione nel 2008 (Relazione sull'attività svolta con riferimento al 2° semestre del 2007), nonché da parte del Garante per la protezione dei dati personali nel 2009 (Segnalazione al Parlamento e al Governo sull'individuazione, mediante sistemi di segnalazione, degli illeciti commessi da soggetti operanti a vario titolo nell'organizzazione aziendale).

<sup>166</sup> Art. 1, comma 51, l. 6 novembre 2012, n. 190 «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», in G.U. 13 novembre 2012, n. 265 (c.d. legge Severino). In argomento, agli Autori già citati, i cui scritti sono compresi tra il 2012 e il 2015 (prima dell'emanazione delle linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione, su cui v. *infra*), adde V.A. BELSITO, *Il whistleblowing: tutele e rischi per il soffiatore*, Cacucci, Bari, 2013; M.T. CARINCI, *Whistleblowing in Italy: rights and protection for employees*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-106/2014, in

immagine del cantiere aperto in cui però si procede, più che per stati d'avanzamento, per successive approssimazioni spesso accompagnate da varianti sostanziali e talvolta da non sempre condivise anticipazioni.

Una specifica disciplina del fenomeno, di cui già da tempo e su vari versanti era stata segnalata la necessità<sup>167</sup>, ha finalmente trovato ingresso nel 2012 quale parte del disegno riformatore avviato con la l. n.190<sup>168</sup>, dunque in ottica prettamente anticorruptiva, seguita a più riprese da interventi in sedi diverse fino a quello, di recente intrapreso dal Ministero della Giustizia e tuttora in atto, finalizzato ad adeguare gli assetti nazionali alla direttiva UE 2019/1937 in vista della sua trasposizione.

**6.1.** Ripercorrendo per aspetti salienti questo cammino, è possibile rilevare come la l. n. 190, che inseriva nel d.lgs. n. 165/2001 l'art. 54-*bis*, in tal modo rimarcando la matrice lavorativo-organizzativa del *whistleblowing*, avesse le tipiche caratteristiche di un "primo intervento", minimale e per alcuni aspetti carente<sup>169</sup>.

Essa, infatti, non si occupava del settore privato e faceva riferimento ai «dipendenti pubblici» delle sole pubbliche amministrazioni intese in senso per così dire tradizionale<sup>170</sup>, ai quali era data la facoltà di riferire al superiore gerarchico o denunciare al giudice ordinario o contabile le illicitezze, nell'accezione ampia di cui si è detto, apprese «in ragione del rapporto di lavoro».

E così pure per quel che concerne il sistema di protezione applicabile al segnalante, imperniato sulla riservatezza dell'identità della sua persona e sul divieto di sanzioni, di licenziamento e più in genere di discriminazioni originate dalla segnalazione; sistema la cui operatività era (ed è tuttora) esclusa nel caso di condanna del segnalante per falso in sede penale o civile<sup>171</sup>. Anzitutto, l'obbligo di riservatezza era formalmente previsto in relazione al solo procedimento disciplinare;

*www.csdle.lex.unict.it*(2014); G. AMATO, *Profili penalistici del "whistleblowing": una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. pen. ec.*, 2014, 3-4, 597 ss.

<sup>167</sup> B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, cit., 132, qualifica la disciplina così introdotta come «embrionale, se non simbolica».

<sup>168</sup> A termini dell'art. 1, comma 59, infatti, «le disposizioni di prevenzione della corruzione», tra cui quelle in materia di *whistleblowing*, «[...] sono applicate in tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni».

<sup>169</sup> L'art. 54-*bis*, comma 1, infatti, escludeva dalla tutela il segnalante di cui fosse stata accertata la «responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile»; per un'applicazione del principio, Cass., sez. lav., 24 gennaio 2017, n. 1752, in *Foro it.*, 2017, 3, I, 884 ss. L'art. 54-*bis*, comma 9, risultante dalle modifiche introdotte dalla l. n. 179/2017, su cui v. *infra* § 6.3, ha poi precisato che la suddetta clausola di esclusione della tutela del segnalante opera a fronte anche della sola sentenza di primo grado.

<sup>170</sup> Diversamente, nell'ipotesi di contestazione fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, la rivelazione dell'identità del segnalante, era ammessa laddove il segnalante avesse prestato formale consenso.

<sup>171</sup> Senza, peraltro, il corredo informativo previsto dalla direttiva a garanzia della posizione del segnalante.

inoltre, nell'ipotesi di contestazione fondata in tutto o in parte sulla segnalazione, la rivelazione dell'identità del segnalante era consentita nel solo caso in cui la relativa conoscenza fosse stata assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato<sup>172</sup>, con le criticità già ravvisate a proposito della recente direttiva europea in materia<sup>173</sup>. Peraltro, l'onere della prova del carattere discriminatorio dell'atto o del comportamento del segnalato incombeva, secondo la regola generale, in capo al segnalante, con ricadute fin troppo ovvie anche sulla stessa sua propensione a segnalare.

A chiusura di tale sistema stava l'obbligo, a carico dell'interessato o dei sindacati maggiormente rappresentativi nell'amministrazione, di comunicare al Dipartimento della funzione pubblica l'avvenuta adozione di eventuali misure discriminatorie; e stava (e sta tuttora) la sottrazione della segnalazione all'accesso ordinario, di cui si dirà più avanti<sup>174</sup>.

**6.2.** La successiva istituzione dell'ANAC, individuata *ratione materiae ac muneris* come ulteriore destinataria delle segnalazioni<sup>175</sup>, dava di lì a poco i suoi primi frutti traducendosi nella formulazione di apposite linee guida<sup>176</sup>, emanate nel 2015 in forza

<sup>172</sup> V. *infra*, § 6.3.

<sup>173</sup> Art. 19, comma 5, lett. a) del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza e per l'efficienza degli uffici giudiziari», in G.U. 24 giugno 2014, n. 144, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, in G.U. 18 agosto 2014, n. 190.

<sup>174</sup> Determinazione 28 aprile 2015, n. 6 «Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)», in G.U. 14 maggio 2015, n. 110. Per una prospettiva d'insieme sul *whistleblowing*, come modellato dalle linee-guida, A. MARCIAS, *La disciplina del whistleblowing tra prospettive di riforma e funzioni dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016, 173 ss.; C. SILVESTRO, *L'istituto del whistleblower a tre anni dalla legge anticorruzione*, in *Il nuovo dir. amm.*, 2016, 3, 97 ss.; A. RICCIO, *La tutela del whistleblower in Italia*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2017, 1, 139 ss.; R. CANTONE-N. PARISI-A. CORRADO-M.G. GRECO (a cura di), *Prevenzione della corruzione, segnalazione d'illeciti e tutela del dipendente pubblico: presentazione del secondo monitoraggio nazionale sull'applicazione del whistleblowing in www.anticorruzione.it*(22.6.2017).

<sup>175</sup> Ex art. 19, comma 15 del d.l. n. 90/2014.

<sup>176</sup> L. 30 novembre 2017, n. 179 «Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato», in G.U. 14 dicembre 2017, n. 291. Agli Autori già citati si aggiungano, senza alcuna pretesa di completezza, A. AVIO, *La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, 3, 655 ss.; N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n° 179/2017 di tutela del whistleblower*, in *www.lavorodirittieuropa.it*, 2018, 1; G. D'ALESSIO, *La disciplina anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro*, in *Lav. pub. amm.*, 2018, 1 (num. un.), 99 ss.; C. BOVA, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti fra indicazioni sovranazionali e disciplina interna*, in *www.democraziaesicurezza.it*, 2018, 1; D. BOLOGNINO, *Spunti di riflessione sui chiaro-oscuri della formulazione della nuova normativa di tutela del dipendente che segnala l'illecito di cui alla l. n. 179 del 2017*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2018, 3; A. RICCIO, *La tutela del lavoratore che segnala illeciti dopo la l. n. 179 del 2017. Una prima lettura giuslavoristica*, *ivi*, 2018, 3; *Terzo rapporto annuale sull'applicazione del whistleblowing*, in *www.anticorruzione.it*(28.6.2018); G. CARDINALE, *Whistleblowing: tra disciplina di settore e interventi di riforma*, in *www.giurisprudenzapenale.it* (2018); A. FRIGNANI, *Il whistleblowing in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. comm.*, 2019, 3, I, 393 ss.; A. SITZIA, *La protezione del "whistleblower" nel settore privato: la legge n. 179 del 2017 nella prospettiva europea*, in

del più generale potere di indirizzo sulle misure di prevenzione della corruzione nei confronti degli enti del settore pubblico<sup>177</sup>; linee guida che, nell'affrontare i diversi snodi problematici della materia, ne hanno variamente messo a punto e implementato gli assetti.

Ciò in primo luogo con l'estenderne l'ambito soggettivo di applicazione ai dipendenti degli enti privati in controllo pubblico e degli enti pubblici economici, nonché ai consulenti e collaboratori delle imprese fornitrici dell'amministrazione. Poi con l'individuare come destinatario delle segnalazioni interne, in luogo del superiore gerarchico, il responsabile per la prevenzione della corruzione e per la trasparenza, sia per competenza funzionale sia perché più facilmente individuabile soprattutto all'interno degli apparati aventi organizzazione complessa. Quindi con il costruire, a ulteriore supporto della riservatezza dell'identità del segnalante, un sistema per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni. Infine, con l'aprire alle segnalazioni anonime, di regola ritenute inammissibili o comunque destinate all'oblio dell'archiviazione, purché «adeguatamente circostanziate e rese con dovizia di particolari», tali da «far emergere fatti e situazioni relazionandoli a contesti determinati», non senza evidenziare la necessità di trattarle separatamente rispetto a tutte le altre.

6.3. Altra fondamentale tappa del percorso così intrapreso è rappresentata dalla l. n. 179/2017<sup>178</sup> che, riguardando esclusivamente il *whistleblowing*, ha conferito ulteriore risalto alla specificità e all'autonomia dello stesso rispetto ad altri istituti o fenomeni consimili.

Questa legge, dove *motu proprio* e dove recependo le principali indicazioni offerte dalle linee guida dell'ANAC, ha significativamente rivisitato l'istituto anzitutto riformulandone gli assetti di disciplina con riferimento al settore pubblico.

I primi passi in tale direzione sono consistiti nell'accogliere la nozione estesa di «dipendenti pubblici» e nel costruire il sistema delle segnalazioni interne sulla figura

*www.lavorodirittieuropa.it*, 2019, 2; M. MANETTI, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 2, 492 ss.; *Quarto rapporto annuale sull'applicazione del whistleblowing*, in *www.anticorruzione.it* (16.7.2019); I.A. SAVINI-F. VETRÒ, *Whistleblowing e meritevolezza: la tutela del segnalante e del segnalato nei settori pubblico e privato*, in *www.filodiritto.com* (Sistema 231), 2020, 1.

<sup>177</sup> Infatti, l'art. 8 del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 «Codice di comportamento dei dipendenti pubblici» continua a prevedere l'obbligo di segnalazione di eventuali illeciti al superiore gerarchico. L'opinione prevalente è che la disposizione sia stata implicitamente abrogata per effetto della diversa impostazione della l. n. 179/2017. Questa soluzione ha trovato conferma nello schema di linee guida ANAC in materia del 13 gennaio 2020 di cui si dirà *sub* §6.4.

<sup>178</sup> G. FASANO, *La vigilanza collettiva interna*, cit., 152 ss.

del RPCT (sebbene non in completo coordinamento con la normativa secondaria<sup>179</sup>), nonché soprattutto nell'introdurre l'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione quale *condicio sine qua non* implicita di ammissibilità della segnalazione ed esplicita di fruibilità della tutela del segnalante; formula questa polisemantica che, mentre in ottica anticorruptiva rappresenta un muro di sbarramento nei riguardi del c.d. *egoisticwhistleblowing*, se guardata invece anche dal versante dei diritti di espressione e informazione sembra idonea a radicare una «posizione soggettiva attiva» del *whistleblower* (pubblico), azionabile attraverso la segnalazione a salvaguardia del più generale diritto dei cittadini a una buona amministrazione<sup>180</sup>, nonché a mettere in chiave questo più ampio e generale diritto con l'istituto del *whistleblowing*.

A tanto si aggiunge la sostanziale rivisitazione del sistema di tutela del segnalante.

E così l'obbligo di riservatezza dell'identità di quest'ultimo viene anzitutto rimodellato nei confronti del procedimento disciplinare, nel quale assume carattere assoluto se la contestazione non è direttamente fondata sulla segnalazione, mentre non opera nel caso di contestazione fondata in tutto o in parte sulla segnalazione laddove ai fini della difesa dell'incolpato sia indispensabile «la conoscenza dell'identità del segnalante» e questi abbia acconsentito alla rivelazione. Tale obbligo, inoltre, è ora formalmente contemplato, sebbene in termini di non assolutezza, anche nei riguardi dei procedimenti penale e contabile: nell'uno alle condizioni e con i limiti previsti dal codice di rito<sup>181</sup>; nell'altro fino alla chiusura dell'istruttoria.

Quanto agli atti o provvedimenti adottati a carico del segnalante in conseguenza della segnalazione, come se ne individuano di ulteriori<sup>182</sup>, così viene introdotto il concetto di ritorsione<sup>183</sup>, corredato da sanzione di nullità degli atti che ne costituiscono espressione, a cui si affianca, nel caso di licenziamento, l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro. Questo regime di protezione, contraddistinto dall'utilizzo fungibile che viene fatto delle nozioni di discriminazione e ritorsione, è

<sup>179</sup> Ossia secondo quanto previsto dall'art. 329 cod. proc. pen.; sull'argomento, con applicazioni varie del principio, del principio, Cass., sez. VI pen., 31 gennaio 2018, n. 9041 e 9047: la prima in *Riv. pen.*, 2018, 5, 488 ss. e la seconda in *Foro it.*, 2018, 5, II, 285 ss.

<sup>180</sup> Rispetto alla versione originaria dell'art. 54-*bis* compaiono il demansionamento e il trasferimento.

<sup>181</sup> Sul rapporto tra i due concetti, v. *supra*, note 157 e 158.

<sup>182</sup> M. MAGRI, *Ilwhistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata*, cit., 23, si chiede se l'onere della prova possa ritenersi soddisfatto da «una integrazione postuma della motivazione, idonea a dar conto della legittimità della misura» o richieda «la dimostrazione, ben più gravosa, della mancanza di un nesso eziologico tra la segnalazione e la misura a carico del *whistleblower*», rilevando che «nella prima ipotesi la prova è fin troppo semplice [...], nella seconda, al contrario, sarà quasi “diabolica”»; in argomento cfr., altresì, M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ritorsivo nella legge 179/17 sul whistleblowing*, in *Lav. e dir.*, 2020, 1, 33 ss.

<sup>183</sup> Cass., sez. VI pen., 21 maggio 2018, n. 35792, in *Guida al dir.*, 2018, 34, 74 ss., che ha escluso l'esimente dell'adempimento del dovere nei confronti del dipendente pubblico che, al fine di dimostrare la vulnerabilità del sistema informatico adottato dall'ente di appartenenza, vi si era introdotto abusivamente e aveva creato un documento falso.

rafforzato dal trasferimento dell'onere della prova dalla persona del segnalante, a cui secondo i principi generali spetterebbe la dimostrazione della finalità discriminatoria o ritorsiva dell'atto che lo riguarda, all'apparato organizzativo che l'ha adottato, al quale viene addossata la contraria prova che altre e diverse, rispetto alla segnalazione di illegalità, ne siano state le ragioni; il che, in assenza di ulteriori indicazioni normative, apre la discussione sulle modalità di assolvimento di tale onere, le quali, come possono consistere in un mero rinvio *per relationem* a prove costituite, così possono presentarsi talmente difficili e complesse da rasentare l'impossibilità o comunque l'impraticabilità<sup>184</sup>. Questo regime di protezione trova un parziale contrappeso nell'inasprimento della disciplina dell'esclusione della tutela del segnalante, la quale scatta in presenza di una condanna di quest'ultimo per falso già in primo grado e, alla stregua del diritto vivente, opera anche nel caso in cui l'acquisizione delle informazioni si sia tradotta in «improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge»<sup>185</sup>.

La comunicazione degli atti o provvedimenti ritorsivi (e, andando al di là della lettera della legge, anche di quelli discriminatori) adottati nei confronti del segnalante, va ora indirizzata al Dipartimento della funzione pubblica o agli «organismi di garanzia o di disciplina», peraltro non più direttamente ma per il tramite dell'ANAC<sup>186</sup>, a cui viene attribuito anche lo specifico potere di emanare linee guida in materia di *whistleblowing*<sup>187</sup>, e di irrogare sanzioni pecuniarie nel caso di violazioni della normativa di settore<sup>188</sup>.

Come accennato<sup>189</sup>, fin dalla prima stesura dell'art. 54-*bis* è prevista la sottrazione della segnalazione all'accesso *ex l. n. 241/1990*. Posta a presidio della riservatezza dell'identità del segnalante e dalla dottrina ritenuta valevole anche rispetto all'accesso civico<sup>190</sup>, tale sottrazione dà luogo a una situazione di eccesso del mezzo rispetto al fine, peraltro comprimendo il diritto di difesa del segnalato; donde la ravvisata necessità di un punto di riequilibrio tra le opposte esigenze, che è stato rinvenuto nel consentire comunque l'accesso alla segnalazione salvo per ciò che concerne gli elementi di possibile identificazione del segnalante<sup>191</sup>. E ciò vieppiù

<sup>184</sup> A cui l'«adozione di misure ritorsive», e al di là della lettera della legge anche di quelle discriminatorie, «è comunicata in ogni caso [...] dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione».

<sup>185</sup> Sentito il Garante per la protezione dei dati personali; ciò che rinsalda l'interazione tra trasparenza e *privacy*.

<sup>186</sup> Nel caso di atti discriminatori e, andando oltre la stretta lettera della legge (art. 54-*bis*, comma 6), ritorsivi adottati nei confronti del segnalante, così come nel caso di violazioni riguardanti le procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni (assenza, difformità dai modelli normativamente previsti), nonché in quello di mancata verifica e analisi delle informazioni in esse contenute.

<sup>187</sup> Cfr. § 6.1.

<sup>188</sup> D.U. GALETTA-P. PROVENZANO, *La disciplina italiana del whistleblowing*, cit., 122.

<sup>189</sup> D.U. GALETTA-P. PROVENZANO, *op. cit.*, 123.

<sup>190</sup> Art. 22, §1.

<sup>191</sup> Art. 2.

considerando la diversa impostazione della direttiva 2019/1937, alla quale la norma nazionale dovrà essere adeguata, che riconosce all'incolpato il diritto di accesso al proprio fascicolo, il cui primo e fondamentale atto è costituito per l'appunto proprio dalla segnalazione<sup>192</sup>.

È merito della l. n. 179 l'aver introdotto e disciplinato altresì il *whistleblowing* nel settore privato<sup>193</sup>; ciononostante la portata di questa novità, non assoluta<sup>194</sup> e comunque applicabile ai soli enti che abbiano volontariamente adottato il modello di organizzazione e gestione previsto dal d.lgs. n. 231/2001, finisce per risultare meno incisiva di quanto non possa a prima vista apparire, giacché l'operatività della tutela del segnalante viene rimessa, in definitiva, alla mera discrezionalità aziendale di dotarsi o meno di quel modello<sup>195</sup>, il che rimarca, insieme ad altri aspetti di dettaglio ma non perciò trascurabili<sup>196</sup>, la perdurante differenza con il settore pubblico che parrebbe destinata, se non a rientrare, quanto meno a ridursi considerevolmente allorquando la direttiva 2019/1937 sarà stata trasposta nell'ordinamento interno<sup>197</sup>.

<sup>192</sup> Perché in qualche misura anticipata dalla giurisprudenza che, interpretando evolutivamente l'art. 21 Cost. e l'art. 1 della l. n. 300/1970 (statuto dei lavoratori), ha riconosciuto in capo al lavoratore un diritto di critica a fini di utilità sociale: Cass., sez. lav., 25 febbraio 1986, n. 1173; in dottrina, L. INGLESE, *Il diritto di critica nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>193</sup> P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di whistleblowing*, cit., 744 ss.

<sup>194</sup> Si tratta: *i*) della previsione della mera facoltà, per il lavoratore e/o per il sindacato da lui indicato, di segnalare all'Ispettorato del lavoro l'adozione di misure discriminatorie o ritorsive, laddove per converso nel settore pubblico è previsto l'obbligo di segnalazione all'ANAC, attraverso cui avviene l'inoltro al Dipartimento della funzione pubblica o agli altri organismi di garanzia o di disciplina; *ii*) della circostanza che, stando all'articolato di legge, il lavoratore privato potrebbe segnalare soltanto le condotte integranti gli estremi di reato (e non anche di altre di altre illegittimità, irregolarità, disfunzioni), peraltro dei soli reati previsti dagli artt. 24 e ss. del d.lgs. n. 231/2001 (A.F. MASIERO, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE*, cit., 16). A tanto si aggiunga, se non altro, il mancato coordinamento con le discipline settoriali, in particolare con quella della concorrenza (A. FRIGNANI, *Il whistleblowing in Italia*, cit., 408 ss.). Su tutti questi aspetti v., altresì, A. SITZIA, *La protezione del "whistleblower" nel settore privato*, cit., 8; M. MANETTI, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata*, cit., 499 ss.; Per un'utile prospettiva d'insieme, I.A. SAVINI-F. VETRÒ, *Whistleblowing e meritevolezza*, cit., 3-10.

<sup>195</sup> L'art. 8, § 1 e 3 della direttiva fa obbligo ai «soggetti giuridici del settore privato [...] con almeno 50 lavoratori» di applicare a tale settore le stesse garanzie previste per il settore pubblico.

<sup>196</sup> P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di whistleblowing*, cit., 747, rileva che l'esclusione di che trattasi, che riguarda i lavoratori autonomi e i professionisti, appare difficilmente comprensibile laddove si consideri che essi «pure a pieno titolo rientrano nella definizione di operatore economico di cui all'art. 45 del codice dei contratti pubblici» e che, a «differenza della normativa di matrice europea, [...] non possono accedere» al sistema e ai meccanismi di tutela normativamente previsti in materia.

<sup>197</sup> Si tratta del «Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*)» approvato con delibera 30 ottobre 2018, n. 1033 (pubblicata in G.U. 19 novembre 2018, n. 269) e modificato con delibera 10 aprile 2019, n. 312 (pubblicata in G.U. 26 aprile 2019, n. 97); nonché del «Regolamento per la gestione delle segnalazioni e per l'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001», adottato con delibera 1° luglio 2020, n. 690 (pubblicata in G.U. 18 agosto 2020, n. 205).

Altra peculiarità della l. n. 179 è l'aver intaccato l'assolutezza della tutela del segreto nell'ambito dei rapporti lavorativi, con il prevedere che le "parole d'ordine" dell'istituto – interesse all'integrità della pubblica amministrazione o dell'ente privato e contrasto «delle malversazioni» – operino quale giusta causa di rivelazione del segreto; con l'eccezione, non da tutti condivisa sia in assoluto sia alla luce della diversa impostazione del diritto unionale<sup>198</sup>, dell'acquisita conoscenza della notizia per ragioni professionali e, in ogni caso, purché sia mantenuta la giusta proporzione tra la rivelazione del segreto e la rimozione dell'illecito, anche attraverso l'utilizzo dei soli canali di segnalazione dedicati.

6.4. In attuazione della l. n. 179 l'ANAC, tra il 2018 e il 2020, ha emanato due regolamenti sull'esercizio del potere sanzionatorio in materia di *whistleblowing*<sup>199</sup>. Fermo restando quanto già detto sulla doppia funzione di tale potere, ossia quella tradizionale punitivo-afflittiva e quella emergente di ulteriore strumento di cura dei pubblici interessi<sup>200</sup>, entrambi questi regolamenti si segnalano per la particolare attenzione rivolta al contraddittorio; specialmente il secondo che, connotato anche dall'ampiezza della nozione di ritorsione accolta<sup>201</sup>, lo prevede fin dalla preistruttoria, sebbene rimettendone l'instaurazione all'Ufficio competente<sup>202</sup>, ciò che fa registrare un importante passo in avanti anche rispetto alle attuali acquisizioni in tema di procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti<sup>203</sup>.

<sup>198</sup> V. *infra*, § 5.

<sup>199</sup> In assonanza con quanto previsto dalla direttiva UE 1937/2019.

<sup>200</sup> Ufficio per la vigilanza sulle segnalazioni pervenute all'Autorità.

<sup>201</sup> Nel senso della non necessità e perfino della dubbia opportunità del contraddittorio in una "fase" meramente preliminare e informale com'è la preistruttoria cfr., in giurisprudenza, Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7265; Id., 23 luglio 2009, n. 4597; Tar Lazio, sez. I, 5 ottobre 2004, n. 10186; Id., 18 gennaio 2011, n. 421; Id., 8 novembre 2011, n. 8553, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998, 433 ss.; M. ANTONIOLI, *Concorrenza*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2007, I, 889 e ss. In senso favorevole all'ammissibilità del contraddittorio nella preistruttoria: in termini generali, L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 717 ss., spec. 730; con riferimento ai procedimenti sanzionatori, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., 346-347; con riferimento ai procedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in M. ALLENA-S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. ec.*, 2013, 3, 125 ss., spec. 142 ss.; M. CLARICH-L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori davanti alle Autorità indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 2, 358 ss., spec. 364, evidenziano che, essendo la preistruttoria finalizzata alla "imbastitura" degli addebiti da porre a base della successiva contestazione, in alcuni settori il contraddittorio viene assicurato se non altro in via di prassi.

<sup>202</sup> Schema di «Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*)», adottato il 13 gennaio 2020.

<sup>203</sup> Quali autorità di sistema portuale, ordini professionali, autorità amministrative indipendenti ulteriori rispetto alla Consob e al Garante della concorrenza sul mercato, associazioni, fondazioni e altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, a controllo pubblico.

Si sono invece fermate a livello di schema le linee guida a tutela dei *whistleblowers* approntate tra il 2019 e il 2020<sup>204</sup>, il cui aspetto più importante consiste, anche qui in linea con la direttiva europea 2019/1937 e quasi ad anticiparne l'adeguamento, nell'ulteriore estensione della portata della l. n. 179: sotto il profilo soggettivo, mediante il riferimento a una serie di enti<sup>205</sup> nonché, tra gli altri, ai «collaboratori e consulenti della pubblica amministrazione con qualsiasi tipologia d'incarico o contratto», come stagisti e tirocinanti<sup>206</sup>; sotto il profilo oggettivo, secondo un'impostazione preventiva e quasi precauzionale, con il ricomprendere tra le segnalazioni ammissibili anche quelle relative a condotte illecite meramente potenziali e future; quanto al regime di protezione, attraverso l'allargamento della tutela della riservatezza dell'identità alla persona del segnalato, salvo disposizioni cogenti di tenore diverso<sup>207</sup>.

Va ricordato in proposito come il Consiglio di Stato<sup>208</sup>, nell'affermare la non vincolatività delle linee-guida, abbia ravvisato la non aderenza di queste estensioni al dettato legislativo in vigore; e come l'ANAC, anche in considerazione dell'avviato processo di recepimento della direttiva, non vi abbia dato ulteriore corso<sup>209</sup>.

## 7. Conclusioni.

Si è così giunti al termine di questo scritto ma non anche del percorso d'indagine con esso avviato, il quale dovrà ancora cimentarsi con gli ulteriori scenari che la trasposizione della direttiva è prevedibilmente destinata ad aprire; da qui alcune considerazioni che, più che conclusive, altro non possono essere se non spunti di ripartenza sul cammino così intrapreso.

Il pensiero va alla necessità di salvaguardare ciò che rappresenta l'in sé del *whistleblowing* e lo distingue differenziandolo dagli altri fenomeni e istituti simili, vale a dire il collegamento, anche lato o remoto e perfino occasionale, mai però

<sup>204</sup> In virtù dell'estensione operata dall'art. 2, comma 3, d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62 degli obblighi di condotta previsti dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici a tutti i collaboratori o consulenti. Lo schema di linee-guida fa altresì riferimento agli appartenenti agli ordini giudiziari.

<sup>205</sup> Come nell'ipotesi in cui vi sia una richiesta da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria o contabile.

<sup>206</sup> Cons. St., sez. I, parere 24 marzo 2020, n. 111/2020, in *Foro it.*, 2020, 9, III, 469 ss., con osservazione di D. NATALELLO.

<sup>207</sup> Decisione del Consiglio del 13 maggio 2020.

<sup>208</sup> Per una prospettiva di sintesi, P. PIZZUTI, *Whistleblowing e rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019; S.M. CORSO, *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro. Pubblico e privato nella disciplina del Whistleblowing*, Giappichelli, Torino, 2020.

<sup>209</sup> N. PARISI, *La funzione del whistleblowing*, cit. 29 ss., con riferimento all'esigenza di acquisire le informazioni relative all'emergenza sanitaria e alla tendenza dei pubblici poteri a introdurre ulteriori regimi derogatori ed eccezionali o comunque ad avvalersi di quelli già esistenti in misura tendenzialmente ancora maggiore rispetto al solito.

dissolubile, con l'organizzazione e con l'ambiente di lavoro<sup>210</sup>; il che permette la piena espressione di quelle potenzialità a cui si accennava in premessa, nella duplice e integrata o comunque parallela prospettiva del contrasto alla corruzione-malamministrazione e della correlativa informazione alla collettività, innervando di specifici contenuti il ruolo assunto dal segnalante e ponendolo, come persona, cittadino e lavoratore, al centro di un sistema in grado di assicurarne l'efficace promozione e l'effettiva protezione.

E se a livello internazionale ed europeo gli scenari appaiono al momento sufficientemente definiti, non altrettanto è possibile affermare per l'ordinamento nazionale, che fin dall'introduzione dell'istituto è stato connotato da notevole vivacità e che proprio durante quest'ultimo anno ha fatto registrare ulteriori fermenti di novità, talvolta interrotti sul nascere, che la trasposizione della direttiva dovrà riattivare incanalandoli all'interno del sistema in corso di costruzione.

Ciò soprattutto se, com'è auspicabile, il processo di recepimento e gli ulteriori atti interni considereranno, oltre al testo europeo, anche la lezione della concreta esperienza che ha fin qui connotato la realtà nazionale, tenendo nel debito conto l'accresciuta importanza che il *whistleblowing* oggi riveste su scala globale e locale pure rispetto all'emergenza sanitaria in atto<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> Dottorando in "Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale", Università "La Sapienza" Roma.

<sup>211</sup> F. MONTEMURRO - V. PORPORATO, L'analisi dei bilanci regionali. Le marcate differenze, la tendenza alla sanitizzazione della spesa, il processo federalista incompiuto, a cura di Ires Lucia Morosini, consultabile in <http://www.iresluciamorosini.it/ultimericerche.php>.

# RIFORME DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA: LA RIPRODUZIONE DI SCHEMI SUPERATI?

**Enrico Conte**

**ABSTRACT** [ITA]: L'articolo passa in veloce rassegna la Legge 120 dell'11 settembre 2020 con la quale il Governo ha introdotto norme di semplificazione: viene rilevato, con taglio critico, l'utilizzo di paradigmi culturali non solo da tempo inadeguati alle concrete necessità del settore pubblico, ma tanto più inadeguati se messi in relazione con la crisi del sistema amministrativo nel suo insieme, messa in luce dalla pandemia da Covid 19. L'analisi viene condotta servendosi di un taglio multidisciplinare, storico, giuridico ed economico.

**ABSTRACT** [ENG]: *The article quickly reviews Law 120 of 11 September 2020 with which the Government has introduced simplification rules: the use of cultural paradigms that have not only been inadequate for some time to the concrete needs of the public sector, but all the more inadequate if placed in relation to the crisis of the administrative system as a whole, highlighted by the pandemic from Covid 19. The analysis is conducted using a multidisciplinary, historical, legal and economic perspective.*

**SOMMARIO:** **1.** La Legge 120 dell'11 settembre 2020 è una riforma dell'attività amministrativa o è solo una Legge che contiene misure per la semplificazione e l'innovazione digitale? – **2.** Cosa non ha funzionato dopo la riforma costituzionale del Titolo V: il principio della distinzione tra competenze politiche e amministrative depotenziato. – **3.** L'occasione mancata di rilanciare il settore pubblico. – **4.** Una proposta per migliorare la qualità delle prestazioni pubbliche.

## **1. La Legge 120 dell'11 settembre 2020 è una riforma amministrativa o è solo una legge che contiene misure per la semplificazione?**

Ho formulato questa domanda retorica perché, il titolo del convegno svela un *lapsus* freudiano collettivo: erano in tanti, ritengo, ad aspettarsi qualcosa di più di una Legge di semplificazione riguardante una serie di procedure previste nel Codice degli Appalti, nella Legge 241 del 1990 o nel Codice della Strada.

Da tempo - sostengono Marcello Clarich, Giuseppe Franco Ferrari e Gian Domenico Mosco - un'inusuale coralità di voci di giuristi, economisti, studiosi della politica ha messo in luce il ruolo essenziale delle istituzioni, nella cornice dello Stato di diritto (*rule of law*), per creare un contesto favorevole allo sviluppo delle attività economiche, oltre che delle libertà individuali e sociali. In particolare, si sottolinea come un fattore centrale sia costituito da una pubblica amministrazione - che delle istituzioni costituisce il motore operativo, professionale, efficiente, responsabile, imparziale - in grado di fornire delle certezze ai cittadini ed alle imprese e di agevolare la realizzazione di progetti di investimento (1).

Ritengo pertanto che fosse condivisa da ampi settori dell'opinione pubblica e degli addetti ai lavori, anche in ragione di un grave contesto socio-economico dovuto alla pandemia che richiede risposte veloci ed efficaci del settore pubblico, l'aspettativa di una Legge che intervenisse sulle condizioni organizzative che favoriscono l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, in tutti i suoi comparti, a partire da quello sanitario per arrivare a quello che si occupa degli investimenti e della realizzazione di infrastrutture.

Di una legge, insomma, che si facesse carico, ad ampio raggio istituzionale e con sguardo multidisciplinare, della capacità amministrativa delle strutture pubbliche, nessuna esclusa, tanto più in vista di ciò che accadrà quando sarà necessario predisporre i progetti per ricevere i fondi del *Recovery Fund*.

Lo ricordava Carlo Azeglio Ciampi: il problema non è tanto la quantità di risorse finanziarie disponibili, quanto la capacità delle strutture pubbliche di programmare il loro impiego in funzione di bisogni selettivi, di progettarle, realizzando opere e servizi in tempi ragionevoli, di rendicontarle e di misurare, non solo sotto il profilo burocratico, sia i risultati di spesa raggiunti che quelli di impatto (outcome) conseguiti.

Ci si aspettava, pertanto, più che riforme come quelle degli anni '90 - cito per tutte la Legge 142 sull'ordinamento locale e la collegata riforma del sistema elettorale che, con la Legge 81 del 1993, disciplinò l'elezione diretta del Sindaco e introdusse nuove forme di stabilità e di governo dei territori, il D.lgs 29 del 1993 che diede forma compiuta ad un processo di riforma che può farsi risalire al rapporto Giannini

degli anni '80, sullo stato delle Pubbliche amministrazioni, la Legge Cassese, 'le Bassanini - una legge che esprimesse, insomma, una *policy* volta a creare un contesto più favorevole all'efficienza delle PA.

Leggi di sistema, quelle degli anni '90, va ricordato, che contenevano principi di riforma economico-sociale in grado di imporsi anche sulle Regioni Autonome e che consentirono riassetto organizzativi volti a dare una inedita responsabilità ai diversi livelli di governo e alle rispettive articolazioni interne, secondo logiche di *accountability*, ma alle quali, ultimato quel processo riformatore, non ha fatto seguito un presidio e un sostegno di natura strategica che coinvolgesse tutti i livelli di governo (la Repubblica, rammento l'art 114 della Costituzione, è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato), come avrebbe dovuto essere necessario in uno Stato con un apparato per lo più arretrato e con una classe dirigente, soprattutto al centro, di formazione quasi esclusivamente giuridica.

## **2. Cosa non ha funzionato dopo la riforma costituzionale del Titolo V: il principio della distinzione tra competenze politiche e amministrative depotenziato.**

Era cioè necessario che, considerando le riforme come investimenti in innovazioni sociali, si promuovesse, con misure di *policy* concrete, la creazione di una classe politico-amministrativa in grado di dare valore aggiunto alla implementazione delle riforme perché la Pubblica Amministrazione (collocata nella sezione II del Titolo III della carta costituzionale dedicato al Governo) è da intendersi funzionalmente legata ai suoi organi di vertice politico, e posto che la classe dirigente, e le strutture da essa dipendenti, sono strettamente correlate con il livello di responsabilità politica: basti pensare che negli Enti Locali gli incarichi dirigenziali sono attribuiti dal Sindaco, mentre nelle Regioni e nello Stato sugli stessi ha un ruolo determinante il Presidente della Giunta e il Ministro.

Il vuoto di supporto e di regia strategica venutosi a determinare subito dopo la riforma costituzionale del titolo V, nel 2001, complice una ripetuta discontinuità nell'azione di governo, ha creato le premesse perché le PA della "Repubblica" agissero in ordine sparso, come potevano e sulla scorta di una sensibilità istituzionale variegata e seguendo paradigmi culturali non sempre congruenti rispetto a quelli richiesti dalle riforme.

Questa realtà ha fatto sì che, piuttosto che seguirsi un approccio orientato alla "missione" di applicare le riforme con generazione di valore con obiettivi comuni e promuoversi comportamenti virtuosi da parte del sistema amministrativo nel suo

insieme, si è lasciato che si creasse “disvalore aggiunto” a causa di una molteplicità di fattori, tra i quali, non ultimo, corporativismi assecondati dal livello politico e una certa tendenza a dare il cattivo esempio: basti pensare che presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri si possono contare 13 dirigenti ogni 100 dipendenti, con un rapporto tutt’altro che virtuoso e riprodotto, puntualmente, in molte Regioni.

Un sintomo a mio avviso centrale di questa inadeguata applicazione strategica delle riforme amministrative approvate negli anni '90, ma non monitorate da un punto propulsivo del Paese, si è registrato nel modo in cui è stato inteso ed applicato il principio della separazione tra competenze politiche e competenze amministrative.

Quel principio per funzionare doveva reggersi, a mio avviso, fondamentalmente su due fattori:

- un’applicazione non esclusivamente formale e burocratica, posto che la PA è unica, sia pur con distinti piani di responsabilità, politiche e amministrative: aver interpretato quel principio in chiave esclusivamente o prevalentemente giuridica, con rivendicazioni di potere, al di là di una fisiologica e sana tensione tra livello di governo e dirigenza, ha contribuito da una parte ad alimentare una certa autoreferenzialità delle strutture burocratiche, dall’altra ha dato ai responsabili politici che, ricordiamo, mantengono il compito di affidare gli incarichi dirigenziali e di misurare i risultati conseguiti, la possibilità di individuare un efficace capro espiatorio sul quale scaricare l’inefficienza e l’inefficacia delle PA. E’ accaduto questo, direi sistematicamente da circa vent’anni, e accade tutt’ora, posto che la PA viene vista come un sistema separato dal sistema politico, nonostante la scelta dei suoi vertici dipenda dalla scelta di altri vertici, questa volta provenienti dal sistema dei partiti;

- un’attitudine alla costruzione dei programmi e delle politiche pubbliche con obiettivi e risultati misurabili, che avrebbe richiesto la disponibilità di competenze di tipo non esclusivamente giuridico bensì di natura tecnica, economica, statistica, urbanistica: una competenza politecnica potrebbe dirsi, che il sistema amministrativo nel suo insieme non possiede, con le dovute eccezioni, ovviamente, e per lo più lasciate alla autonoma iniziativa dei singoli.

Complice del mancato funzionamento del principio di separazione una confusa riforma costituzionale del 2001 che, come noto, i primi anni produceva per lo più conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni, e un sistema amministrativo frammentario e a macchia di leopardo, nel quale convivono Enti di significativa efficienza con Enti culturalmente arretrati e nei quali ultimi si fatica a dare la giusta rilevanza al tema dei servizi pubblici affidabili.

La recente vicenda del Commissario straordinario per la Sanità in Calabria, scelto dal Governo certo tra una rosa di candidati graditi dal Territorio e che, ricordo, ha dichiarato pubblicamente di non sapere di dover predisporre un piano anti Covid,

nonrappresenta, a mio modesto parere, solo una caso estremo di pessimo governo regionale, ma un fenomeno sintomatico di un Governo centrale che, pur avendo gli strumenti, lascia alla deriva un intero territorio regionale.

Ricordo l'art 120, 2' comma della Carta costituzionale, che prevede che il Governo possa intervenire, in via sostitutiva su organi della Regione o di altri Enti locali, sul terreno dell'attività amministrativa, quando lo richiedano esigenze di tutela dell'unità dell'ordinamento, o quella di evitare un pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica.

Il registro sul quale si è giocata in questi anni l'unità dell'ordinamento sembra sia stato, esclusivamente, quello eccezionale e securitario (infiltrazioni mafiose e dissesto finanziario), nel mentre sono stati lasciati sullo sfondo, perché ritenuti secondari, i servizi amministrativi e sanitari, che pur dovrebbero essere garantiti a tutti (art. 32 Cost.) con i caratteri dell'universalità e della tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Detto ciò, uno sguardo meno severo sulla legge 120 è certo possibile: si pensi, solo per citare due misure importanti, alla norma che consente l'affidamento diretto di appalti di servizi (SIA) per le attività di progettazione nei limiti della soglia di 75mila euro, importante perché l'attività di progettazione è tanto necessaria quanto la funzione di programmazione, e senza di essa non è possibile impostare le gare per gli appalti pubblici.

Oppure alla norma che permette di ricondurre sotto la forma della co-progettazione con la PA l'attività delle organizzazioni *no profit* che rientrano nel Codice del terzo settore, ex D.Lgs. 117 del 2017, scelta ragionevolmente dettata dall'esigenza di superare un parere del Consiglio di Stato, il n. 2052/2018, che non contentiva di affidare direttamente agli enti del terzo settore servizi rientranti nelle più stringenti e selettive norme del Codice Appalti, che mira a tutelare la concorrenza tra chi svolge attività riconducibili a quella di impresa.

### **3. L'occasione mancata di rilanciare il settore pubblico.**

Detto ciò, resta che l'impianto della Legge di semplificazione risulta centrato sull'inseguimento minuto di problemi per il tramite di misure procedurali, più che su interventi di "governo" del sistema.

La legge 120 avrebbe potuto essere l'occasione, a puro titolo di esempio, per seguire le indicazioni della Raccomandazione (UE) 2017/1805 della Commissione, di data 3 ottobre 2017, che quale scelta di razionalizzazione, consiglia di ridurre il numero delle Stazioni Appaltanti, di migliorare la formazione e la gestione delle carriere dei professionisti degli appalti pubblici, posto che gli operatori nel settore

degli appalti pubblici devono possedere le qualifiche, una formazione di base specialistica, una competenza, un'esperienza proporzionata al loro livello di responsabilità, e da concentrare sul territorio, per rinforzare le attitudini operative delle stesse per le forniture e per i PPP.

L'attivazione di questa misura andrebbe di certo legata a quanto prevede il Codice degli Appalti (art. 113) sul tema degli incentivi delle attività tecniche, ma anche sul Fondo per l'innovazione e la ricerca per tirocini e dottorandi, su materie riconducibili a quelle del "Codice" e che consentono di mobilitare, in uno sforzo di intelligenza collettiva, le migliori e più attente risorse dei Dipartimenti universitari che vogliono cimentarsi su progetti di sviluppo e di ricerca applicata e sul campo.

Rammento, a puro titolo di esempio, e per non restare su di un terreno astratto, due recenti convenzioni attivate con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trieste per un Assegno di ricerca nella materia del diritto dell'energia sui contratti di efficienza energetica e con il Dipartimento di Ingegneria e Architettura sulla metodologia BIM per la progettazione secondo logiche digitali: progetti che possono, per quanto esposto, alimentare un filone di professionisti che, con successivi concorsi, potrebbero essere attratti dal settore pubblico, entrare nelle Pubbliche Amministrazioni e rinforzare le Stazioni Appaltanti.

Quanto alla legge 241 del 1990 che, rispetto al suo primitivo impianto di legge-quadro e di principi, risulta ormai trasformata in una legge *omnibus*, penso possa sostenersi che essa costituisca una sorta di specchio deforme per il Governo che, al pari di Alice nel paese delle meraviglie, ritiene che la stessa esaurisca l'attività amministrativa.

Dopo trent'anni da quella importante riforma centrata sul diritto di accesso agli atti, dovrebbe essere forse più evidente che la legge sul procedimento amministrativo copre, unicamente, quell'attività che si chiude con un provvedimento autoritativo, e non tutto quel complesso e variegato campo di atti di gestione espressione dei poteri del Dirigente/Datore di lavoro, ovvero quelle attività che discendono dai servizi pubblici, tra i quali quelli a rilevanza economica, che sono regolati da altre normative di settore, perlopiù riconducibili alle Authority create dopo le liberalizzazioni degli anni '90.

Lo stesso tentativo della Legge 120 di positivizzare un principio di diritto comune come quello della buona fede, sembra destinato a restare un puro richiamo voluto dalla dottrina, come accaduto dopo l'introduzione, nel 2005, con l'art 1 *bis* della 241, del principio che prevedeva che "nell'adozione di atti di natura non autoritativa la PA agisce con le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente".

Un principio che ha avuto applicazione quasi nulla, per il fatto di essere niente più che una clausola di stile - in un ordinamento come quello italiano a diritto

amministrativo - e che sembra aver riscosso l'interesse di quel pensiero puramente astratto, slegato dalla materialità dei fatti, ma concentrato sul diritto positivo, e già criticato nel 1909 da Santi Romano nel suo "Ordinamento giuridico" o, da ultimo, da Paolo Grossi ne "l'invenzione del diritto" e "oltre la legalità".

Se, parafrasando l'intervento di Antonio Mitrotti (II), semplificare dovrebbe voler dire sciogliere i nodi della complessità, per una decisione pubblica più veloce ed efficace, c'è da chiedersi se sia stato realmente questo l'obiettivo del legislatore con il suo ultimo intervento, che sembra aver considerato, piuttosto, un solo aspetto di quel nodo, il profilo procedurale.

Non può infine essere taciuto quel fenomeno che gli economisti chiamano "cattura del regolatore", del quale si è avuto una drammatica conferma a proposito delle concessioni autostradali rimaste oscurate dopo il tragico crollo del ponte di Genova, fenomeno che adesso viene riproposto sol che si constati quanto la Legge 120 sia piena di continui richiami all'innovazione digitale, ed alle imprese che ne sono artefici. Quando, la digitalizzazione dei servizi amministrativi, in quanto innovazione, richiederebbe, piuttosto che essere trattata come "suggerione tecnologica" (Giuseppe Franco Ferrari, nota I), una direzione impressa dal governo (III) e la cura delle condizioni formative del personale che, a tutti i livelli, anche per ragioni anagrafiche, non sempre dispone delle attitudini e delle competenze necessarie a recepire una cultura informatica e di quella indispensabile capacità che serve per colmare i divari digitali dei territori.

Per concludere questa riflessione sulla così detta 'semplificazione amministrativa' ritengo che sia possibile constatare che è diffusa la convinzione di risolvere i problemi della PA con mere "regolazioni e nuove norme", prodotte dagli stessi uffici legislativi e di gabinetto, la poliburocrazia come la definisce Tito Boeri nel suo recente *pamphlet* "Riprendiamoci lo Stato," magari quegli stessi uffici che avevano già contribuito a scrivere le regole da semplificare.

Espressione di questo paradigma concettuale appare la previsione dell'art. 21 della Legge 120 che limita, sino alla fine del 2021, la responsabilità erariale davanti alla Corte dei Conti ai casi di omissione di attività o di dolo.

La norma, se mai fosse necessario ribadirlo, conferma che l'approccio è stato quello di inseguire i problemi più che cercare di risolverli, come quel medico che per curare una febbre, che in questo caso veniva chiamata "sciopero della firma", distrugga il termometro piuttosto che concentrarsi sulle cause dei sintomi e sulle cure necessarie.

Questa assenza di promozione da parte di un Governo della Repubblica di una formazione e di una cultura che sappia vedere le cose nella loro dimensione sistemica e convergente, fattuale e dal basso, ha agevolato, e agevola tutt'ora, la carenza, da una parte, di una attitudine al coordinamento e all'integrazione delle competenze

specialistiche, dall'altra, di un metodo che sappia orientare, con criteri adeguati, a scegliere e a selezionare le priorità.

Mancanze tutte che producono "costi di opportunità"(IV) che esprimono quello che viene perso prendendo decisioni sbagliate, in definitiva abbassando la qualità dell'alta amministrazione che richiederebbe, piuttosto, una diversa e più adeguata capacità, il presidio adeguato di criteri per selezionare la qualità dei progetti (Offerta Economicamente Più Vantaggiosa viene chiamata nel settore degli Appalti), la cura dei nessi che intercorrono tra discrezionalità amministrativa e tecnica, la conoscenza di quei meccanismi che possano contribuire a scrivere le "condizioni" socio-economiche da porre quando – argomento di grande attualità - si finanziano soggetti privati e con ciò evitando i meri finanziamenti a pioggia.

#### **4. Una proposta per migliorare la qualità delle prestazioni pubbliche.**

Forse, e per concludere con una parte costruttiva, sarebbe già un grande risultato se, approfittando del ricambio generazionale in corso, con la finalità di rilanciare il ruolo delle strutture pubbliche quali organismi in grado di creare valore, venissero banditi dei corsi-concorso intercompartimentali da organizzare in collaborazione con le Università degli studi più attente ai nuovi bisogni e per immettere in tutti i settori amministrativi sia nuovi funzionari che dirigenti, dotandoli non solo di robuste competenze legali ma anche economiche e tecniche.

Nel 2021 il debito pubblico arriverà al 160% del PIL superando il *record* raggiunto dopo la Prima guerra mondiale. Servirà ancora di più una classe dirigente dotata non solo della capacità di spesa, o del recupero delle risorse, ma soprattutto di una visione moderna, o anche più semplicemente aggiornata e adeguata alla complessità delle vicende da progettare e gestire (i piani di investimento del *Recovery Fund*), tanto da rendere possibile e concreta - solo per citare due settori che sinora hanno stentato a decollare proprio per inadeguata visione culturale - da una parte l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4 della Costituzione (che la Repubblica, in tutte le sue articolazioni, dovrebbe promuovere) dall'altra i PPP che richiedono una approfondita conoscenza politecnica che, quando c'è, rende inutili e controproducenti le norme così dette di semplificazione.

Relazione tenuta dall'Autore in occasione del Convegno on line del 9 novembre 2020, organizzato dai Professori Sandro De Gotzen e Giulia Milo (dell'Università degli Studi di Trieste) sul, sensibile, tema inerente a "*La nuova riforma dell'attività*

*amministrativa. Le modifiche alla Legge 241/1990 apportate con Legge dell'11 settembre 2020 e le recenti novità in materia di contratti pubblici".*

Note (I) Giuseppe Franco Ferrari, Marcello Clarich, Gian Domenico Mosco, *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2020, giugno 2020, Il Mulino.

Note (II) A. Mitrotti, *Gli effetti delle modifiche sulla disciplina dell'attività consultiva nella legge sul procedimento amministrativo*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2020.

Note(III) Mariana Mazzucato, *Non sprechiamo questa crisi*, 2020, Laterza.

Note (IV) Tony Judt, *Guasto è il mondo*, 2010, Laterza.

## **SPINTE AUTONOMISTE, ESIGENZE DI TUTELA DELLA SALUTE E CONTENIMENTO DELLA SPESA PUBBLICA: RECENTI SVILUPPI IN TEMA DI EQUIVALENZA TERAPEUTICA.**

**Michele Sala\***

**ABSTRACT** [ENG]: *The d.l. n. 95 of 2012 converted with amendments by the l. of 7 August 2012, n. 135, has outlined some methods in order to streamline the public expenditure also in the pharmaceutical field. The ratio of article 15 of the aforementioned decree is to balance two main interests such as the protection of public health and the containment of public spending in this sector. From this point of view, the Italian Medicines Agency (AIFA), established by Article 48 of the Law of 24 November 2003, n. 326, is the public administration determined by the Italian Law that must achieve those results. The aforementioned article 48 had already foreseen (among other things) that the Agency has the task of guaranteeing the unity of pharmaceutical matters, including the evaluation and classification of drugs and the development of actions to contain pharmaceutical expenditure. However, in the recent present, the Italian Regions have tried to ascribe themselves a part of competences of the State, claiming greater autonomy in particular regarding the identification of the criteria of therapeutic equivalence of different active substances, especially in the context of regional tenders for the purchase of medicines. These new autonomist tendencies are mainly incentivated by the need to generate savings in regional public spending on health in an attempt to restore their financial statement.*

---

\* Sul punto A. MORRONE, Il regionalismo differenziato Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione e Federalismo Fiscale – 1/2007 – SAGGI consultabile in <https://core.ac.uk/download/pdf/11176290.pdf>.

**ABSTRACT** [ITA]: Il d.l. n. 95 del 2012 convertito con modificazioni dalla l. del 7 agosto 2012, n. 135, ha delineato alcune modalità per razionalizzare la spesa pubblica anche in ambito farmaceutico. La ratio dell'articolo 15 del citato decreto è quella di bilanciare due interessi principali quali la tutela della salute e il contenimento della spesa pubblica in questo settore. Da questo punto di vista l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), istituita dall'art. 48 della Legge 24 novembre 2003, n. 326, è l'amministrazione pubblica determinata dalla Legge italiana che deve raggiungere anche questi risultati. Il citato articolo 48 aveva già previsto (tra l'altro) che l'Agenzia ha il compito di garantire l'unità della materia farmaceutica, compresa la valutazione e classificazione dei farmaci e lo sviluppo di azioni di contenimento della spesa pubblica. Tuttavia, nel recente presente, le Regioni italiane hanno cercato di ascrivere una parte di competenze dello Stato, rivendicando una maggiore autonomia in particolare per quanto riguarda l'individuazione dei criteri di equivalenza terapeutica delle diverse sostanze attive, soprattutto nell'ambito dei bandi regionali per l'acquisto di medicinali. Queste nuove tendenze autonomiste sono incentivate principalmente dalla necessità di generare risparmi nella spesa pubblica regionale per la salute nel tentativo di ripristinare il proprio bilancio.

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** L'equivalenza terapeutica come strumento di contenimento della spesa farmaceutica e la garanzia di unitarietà a livello nazionale della materia farmaceutica. – **3.** Conclusioni.

## 1.Introduzione.

Attualmente una delle maggiori voci di spesa nei bilanci regionali è quella relativa al settore sanitario, infatti «*le analisi svolte sui rendiconti regionali evidenziano come, relativamente alla Regioni a statuto ordinario, la spesa tenda ultimante a concentrarsi nel settore della sanità. L'incidenza di questa spesa sul totale delle spese correnti è infatti cresciuta nelle Rsodal 79,5% del 2009 al 83,5% del 2015 con valori molti alti registrati in Veneto (88,6%) Toscana (87,3%) ed Emilia Romagna (86,3%)*»<sup>1</sup>.

Al fine di ottenere maggiore autonomia in alcuni specifici ambiti delle materie di legislazione concorrente, ed anche al fine di poter porre in essere dei correttivi relativamente alla spesa sanitaria, nel recente passato, la Lombardia, il Veneto e l'Emilia Romagna hanno presentato delle bozze di intese ai sensi di quanto previsto dal comma 3 dell'art. 116 della Costituzione.

Nel dettaglio, il comma 3 dell'art. 116 della Costituzione prevede che possono essere attribuite alle Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali e nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119, ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia con riferimento alle materie di cui:

- all'articolo 117, comma 3 (materie di legislazione concorrente);
- all'articolo 117, comma 2, lettere l) [limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace] e alle lettere n) ed s).

Tale articolo è stato introdotto a seguito della revisione costituzionale del titolo V (l. cost. n. 1/99 e l. cost. n. 3/2001) generando un acceso dibattito in dottrina sulla sua applicazione e gli effetti che avrebbe potuto generare.

Per alcuni <sup>2</sup> quanto previsto dal comma 3 dell'art. 116 della Costituzione rappresenta la norma di più difficile interpretazione e con non pochi problemi

<sup>1</sup> A. MORRONE op. cit., p. 2.

<sup>2</sup> Sul punto A. NAPOLITANO, "Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata" Fedarilismi.it; A. MORRONE, op. cit., p. 3, A. PIRAINO "Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità e indivisibilità della Repubblica" Fedarilismi.it; R. BIN "L'attuazione dell'autonomia differenziata", Forumcostituzionale.it, 2017; G. FALCON "Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale", Le Regioni, 2017; R. TONIATTI "L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano" Le Regioni, 2017; F. CORTESE "La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione", Le Regioni, 2017; P. GIANGASPERO "Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazioni dell'art. 116, comma 3, Cost., tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto" Le Regioni, 2018; E. GROSSO - A. POGGI, "Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici in Il Piemonte delle Autonomie", 2018; V. NASTASI "Il regionalismo

attuativi, infatti *«la dottrina è rimasta dapprima impreparata e divisa di fronte all'improvvisa riforma del titolo V e, poi, smarrita e imbrigliata nella faticosa rincorsa del profluvio di proposte di riforma e controriforma succedutesi in un breve torno di tempo. L'incertezza del quadro complessivo e degli orizzonti ha, di fatto, congelato qualsiasi possibilità di riflessione scientifica adeguata. Una situazione non meno grave si è avuta sul piano dell'attuazione. Dalla data di approvazione delle novelle del regionalismo italiano<sup>4</sup>, pochissimi sono stati gli svolgimenti concreti e in ambito statale e in ambito regionale»*.<sup>3</sup>

Il dibattito ha analizzato quanto disposto dal comma 3 dell'art.116 della Costituzione prendendo in considerazione sia gli aspetti procedurali e tecnici<sup>4</sup> sia gli aspetti applicativi e le conseguenze che ne possono scaturire.

Tale ultimo aspetto è centrale ai fini del presente lavoro tenuto conto che l'applicazione di quanto previsto dall'articolo riformato ha destato preoccupazione e difficoltà interpretativa vista proprio la possibilità di un'ulteriore differenziazione tra le regioni sia da un punto di vista sociale che economico. Parte della dottrina, infatti, ritiene che *«tale asimmetria è presente all'interno delle stesse regioni ordinarie, fra regioni 'bene' amministrate e regioni 'malamente' amministrate»*.<sup>5</sup>

Centrale nel dibattito è quindi il tema relativo alle possibili implicazioni negative sul piano dell'unitarietà e delle uguaglianze sul territorio, generate da una autonomia incontrollata tenuto conto del fatto che il comma 3 dell'art.116 ha posto esplicitamente solo dei limiti di carattere finanziario con il richiamo a quanto previsto dall'art. 119 della Costituzione. Invece *«sul punto, parte della dottrina ha ricordato come il procedimento legislativo in materia di regionalismo differenziato debba rispettare, come limite "ontologico", la Costituzione, i diritti fondamentali riferiti alle competenze che non possono essere devolute, ed, infine, i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.*

---

differenziato e i problemi ermeneutici sorti in seguito alle recenti iniziative di attuazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione" Forumcostituzionale.it, 2018.

<sup>3</sup> S. GAMBINO, Diritti fondamentali, autonomia regionale e unità nazionale Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali, 2018.

<sup>4</sup> A. NAPOLITANO, op. cit., p.3; F. MORO, Federalismo differenziato e devolution, in Riv. Giur.Mezzogiorno, 2002, 741, secondo cui, in presenza di materie aventi ad oggetto diritti fondamentali, deve ritenersi necessaria una funzione in posizione sovraordinata. Cfr. infine E. DE MARCO, Qualche interrogativo ad un "regionalismo a più velocità", in Quad. cost., 2003.

<sup>5</sup> Vedi S. MANGIAMELI, "L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, (novembre 2017)", Indagine conoscitiva della Commissione regionale per le questioni regionali, (audizione del 29 novembre 2017, h. 8.15) consultabile al link [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it); A. NAPOLITANO, op. cit., p. 3.; L. VIOLINI, "L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.", [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

»<sup>6</sup>Alla luce quindi della volontà politica di dare attuazione finalmente a distanza di un tempo considerevole dalla modifica costituzionale quanto previsto dal più volte citato comma 3 dell'art. 116 Cost, il confronto dottrinario ha tratto nuovi spunti di approfondimento sempre sul tema relativo alle possibili implicazioni a livello socio-economico<sup>7</sup>.

La riforma deve essere interpretata principalmente come un mezzo per rafforzare il principio autonomistico e l'unitarietà dello Stato tuttavia parte della dottrina sottolinea come *«ancora oggi, come in sede costituente, il principio autonomistico si presta a contrapposte letture: strumento di unità (unica lettura – occorre ribadirlo con chiarezza – conforme a Costituzione) o, invece, strumento di disgregazione. In effetti, soltanto l'analisi delle misure che in concreto vanno ad implementarlo consente di valutarne correttamente il rapporto con il principio unitario»*<sup>8</sup>.

I richiami all'interno della Costituzione relativi ai principi di unitarietà e di uguaglianza sono esplicitamente espressi e presenti già prima della riforma del Titolo V<sup>9</sup>, per questo delle richieste avanzate da alcune Regioni parte della dottrina ha ribadito quali siano i limiti invalicabili posti alla differenziazione prevista al comma 3 dell'art.116 Cost<sup>10</sup>, per dare attuazione a quanto previsto dello stesso in linea con quanto voluto dalla Carta Costituzionale. *«L'attenta lettura dell'art. 116, comma 3, Cost., infatti, consente senz'altro di inquadrare il regionalismo differenziato nella prospettiva di uno strumento di rafforzamento del principio unitario inteso come garanzia di un determinato uguale livello di diritti (livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117 Cost., lett. m) sull'intero territorio nazionale»*.<sup>11</sup>

Per questo *«a previsione costituzionale di livelli essenziali delle prestazioni appare particolarmente importante in un sistema come il nostro, nel quale non sono ravvisabili soltanto elementi solidaristici. In effetti, il nuovo art. 116, comma 3, Cost., stabilendo che la*

<sup>6</sup> D. MONE, Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 cost., conforme a costituzione Rivista AIC, 2019.

<sup>7</sup> M. LUCIANI, "I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione" Politica del diritto, 2002.

<sup>8</sup> Sul punto G. C. DE MARTIN (a cura di), Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici, Milano, 2003; A. BRANCASI, "L'autonomia finanziaria degli enti territoriali: note esegetiche sul nuovo art. 119 Cost."Le Regioni, 2003; M. BELLETTI, "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile." Le Istituzioni del federalismo, 2003.

<sup>9</sup> D. MONE, op. cit., p. 4.

<sup>10</sup> M. LUCIANI, op. cit., p. 5.

<sup>11</sup> L.CUOCOLO, "L'importanza delle autonomie per far fronte al Covid (e alle tendenze accentratrici)"Editoriale – DPCE online, 2020.

*legge dello Stato (approvata a maggioranza assoluta) «su iniziativa della Regione interessata», possa prevedere «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia», disegna una sorta di regionalismo asimmetrico, palesemente tributario di suggestioni spagnole».<sup>12</sup>*

Tuttavia, quanto previsto nelle bozze sopracitate potrebbe appunto concretizzare, come brevemente appena illustrato, quanto ipotizzato in dottrina ovvero una differenziazione disomogenea anche dei livelli essenziali di assistenza.

Tale aspetto poi è ancora più attuale ed al centro del dibattito alla luce dall'emergenza sanitaria che il nostro paese si è trovata ad affrontare. Infatti, ai più attenti studiosi è apparso immediatamente evidente che *«ad una prima analisi è facile concludere che gli Stati con sistemi accentrati hanno avuto meno difficoltà nella gestione dell'emergenza sanitaria. La concentrazione dei poteri al livello centrale e – qui – nelle mani del Governo, infatti, è sembrata la ricetta perfetta per garantire soluzioni efficaci al diffondersi dell'epidemia»<sup>13</sup>.*

Tale strategia è stata giudicata la più corretta anche dal governo italiano che ha emanato, oltre ai ben noti decreti-legge, anche numerosi d.p.c.m al fine di realizzare azioni concrete per contrastare l'epidemia.

Seppur appare quindi evidente che *«se già in epoca di “governo dell'ordinario” la Costituzione materiale tendeva per inerzia all'accentramento, in un momento di emergenza la spinta all'accentramento istituzionale – oltreché alla verticalizzazione dei rapporti tra gli organi costituzionali – ha subito una nuova accelerazione»<sup>1415</sup>, Il Governo, pur mirando dall'accentramento, non è, infatti, in grado di prescindere dagli interventi su base decentrata, in quanto maggiormente idonei a garantire l'adozione di decisioni adeguate a ciascun territorio»<sup>16</sup>.*

Tale accentramento, posto in essere per far fronte rapidamente ad una crisi del tutto sconosciuta, in alcuni casi, è stato interpretato come la volontà da parte dello Stato centrale di gestire autonomamente la situazione emergenziale. Sebbene però un

<sup>12</sup> Esemplicativo il ricorso del Governo avverso l'ordinanza regionale Calabria, n. 37 del 29 aprile, in contrasto con quanto disposto dal d.P.C.M. 26 aprile 2020 (sentenza n.841/2020).

<sup>13</sup> G. BOGGERO, “Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19” Il Piemonte dell'Autonomie, 2020, consultabile in <http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it/cms/index.php/un-decentramento-confuso-ma-necessario-poteri-di-ordinanza-di-regioni-ed-enti-locali-nell-emergenza-da-covid-19>

<sup>14</sup> G. BOGGERO, op. cit., p. 6.

<sup>15</sup> F.PALERMO, “Il virus è centralista?” La Rivista, Il Mulino, 2020 consultabile in [https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS\\_ITEM:5047](https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5047).

<sup>16</sup> Su tutti U. ALLEGRETTI - E. BALBONI, “Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus, in Forum di quaderni costituzionali”, 2020, consultabile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

indirizzo univoco è apparso subito necessario altrettanto importante è stato approccio a livello locale, quindi si è cercato quindi di focalizzare l'attenzione su quale «*tipo di autonomia esse debbano esercitare. È del tutto evidente che questioni fondamentali non si possano risolvere con 21 leggi diverse (19 regionali, più le due delle province autonome di Trento e Bolzano). Ma il punto è proprio che il senso delle Regioni non è la legislazione (peraltro già piuttosto ridotta sul piano quantitativo e del tutto appiattita su quello qualitativo), ma la capacità di relazionarsi con altri livelli di governo aumentando l'efficienza del sistema. Una Regione è tanto più utile ed efficace quanto più sappia gestire le sue funzioni in modo collaborativo con gli altri livelli di governo*».<sup>17</sup>

Nel fervente dibattito relativo appunto alla gestione della crisi sanitaria con particolare riferimento proprio ai rapporti tra Stato e Regioni è emerso, quindi, un certo ottimismo in dottrina che ha constatato come la collaborazione istituzionale abbia funzionato portando a una embrionale realizzazione del modello di democrazia pluralista.<sup>18</sup>

Pertanto, allo stato attuale, l'elemento comune emerso nell'ambito delle intese sopra richiamate<sup>19</sup>, ovvero la volontà delle Regioni di ottenere maggiore autonomia in tema di tutela della salute, in particolar modo in materia di diritto farmaceutico, risulta ancor di più non precisamente in linea con l'applicazione del principio di regionalismo differenziato che si sta delineando.

Per maggior chiarezza è opportuno citare testualmente quanto precisato sul tema nella bozza di intesa della regione Emilia Romagna.

All'art.6 del documento di intesa rubricato "Politiche del farmaco" il comma 1 prevede: «*ferme restando le funzioni attribuite all'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), alla Regione è attribuita autonomia amministrativa in ordine alle decisioni sull'equivalenza terapeutica tra medicinali contenenti differenti principi attivi, qualora AIFA non intervenga con motivate e documentate valutazioni in attuazione della normativa vigente*»<sup>20</sup>.

Tale previsione è stata introdotta allo scopo di determinare una maggiore autonomia regionale nell'approvvigionamento dei farmaci, infatti, il giudizio di

<sup>17</sup> Vedi S.PAJNO, "Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi" [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2020.

<sup>18</sup> <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1688716.pdf>.

<sup>19</sup> Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato ( a cura di) Il monitoraggio della spesa sanitaria, Rapporto n. 4, consultabile in [http://www.rgs.mef.gov.it/\\_Documenti/VERSIONE-I/Attivit--i/Spesa soci/AttivitmonitoraggioRGS/2017/IMDSS-RS2017.pdf](http://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/Attivit--i/Spesa soci/AttivitmonitoraggioRGS/2017/IMDSS-RS2017.pdf).

<sup>20</sup> Tali tetti sono stati poi successivamente rideterminati dal comma 389 dell'art. 1 della l. 11 dicembre 2016, n.232, e successivamente dal comma 575 dell'art. 1 della l. 30 dicembre 2018, n.145.

equivalenza terapeutica è sostanzialmente diretto a stabilire se due o più farmaci con principi attivi diversi possano essere terapeuticamente sovrapponibili, ossia indifferentemente utilizzabili per il trattamento di determinate patologie.

L'introduzione di una norma di tale contenuto potrebbe, da una parte, aiutare le Regioni ad indire delle gare di approvvigionamento e fornitura di medicinali più competitive e quindi più vantaggiose da un punto di vista economico, tuttavia, dall'altra, una siffatta previsione potrebbe generare una disomogeneità di trattamento tra i cittadini sul territorio italiano.

## **2. L'equivalenza terapeutica come strumento di contenimento della spesa farmaceutica e la garanzia di unitarietà a livello nazionale della materia farmaceutica.**

Il *trend* della spesa sanitaria, come brevemente descritto, è costantemente in crescita e questo ha destato preoccupazioni non solo a livello regionale ma anche che a livello nazionale, determinando un'evoluzione normativa diretta a fronteggiare tale circostanza. Tale crescita ha avuto ripercussioni immediate, infatti le «regioni hanno evidenziato gravi carenze nell'erogazione dei LEA caratterizzate da un'offerta ospedaliera eccedentaria rispetto ai parametri della programmazione nazionale con alti tassi di ospedalizzazione ed indicatori di inappropriata ospedaliera particolarmente accentuati. Parallelamente tali regioni hanno evidenziato un livello di spesa farmaceutica molto alto, ben al di sopra dei parametri fissati dalla legislazione vigente. Entrambe le componenti, ospedaliera e farmaceutica, hanno contemporaneamente sottratto risorse all'erogazione dei restanti livelli di assistenza e determinato forti squilibri finanziari»<sup>21</sup>.

Nell'ultima decade, quindi, sono state emanate alcune leggi che hanno avuto, e continuano tuttora ad avere, l'obiettivo di contenere la spesa sanitaria con particolare riferimento alla spesa relativa ai farmaci.

---

<sup>21</sup> Comma 7 dell'art. 15 del d.l. 95/2012 convertito con modificazioni dalla l. n. 135/2012 "A decorrere dall'anno 2013, è posta a carico delle aziende farmaceutiche una quota pari al 50 per cento dell'eventuale superamento del tetto di spesa a livello nazionale di cui all'articolo 5, comma 5, del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 novembre 2007, n. 222, come modificato dal comma 4 del presente articolo. Il restante 50 per cento dell'intero disavanzo a livello nazionale è a carico delle sole regioni nelle quali è superato il tetto di spesa regionale, in proporzione ai rispettivi disavanzi; non è tenuta al ripiano la regione che abbia fatto registrare un equilibrio economico complessivo".

Già nell'anno 2007 è stato previsto dall'art. 5 del d.l.n. 159/2007, convertito con modificazioni dalla l. n. 222/2007, che *«a decorrere dall'anno 2008 l'onere a carico del SSN per l'assistenza farmaceutica territoriale, comprensiva sia della spesa dei farmaci erogati sulla base della disciplina convenzionale, al lordo delle quote di partecipazione alla spesa a carico degli assistiti, sia della distribuzione diretta di medicinali collocati in classe "A" ai fini della rimborsabilità, inclusa la distribuzione per conto e la distribuzione in dimissione ospedaliera, non può superare a livello nazionale ed in ogni singola regione il tetto del 14 per cento del finanziamento cui concorre ordinariamente lo Stato, inclusi gli obiettivi di piano e le risorse vincolate di spettanza regionale e al netto delle somme erogate per il finanziamento di attività non rendicontate dalle aziende sanitarie»*.

Tra le norme emanate, inoltre, il d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ha stabilito all'art. 15 alcune misure per il contenimento dei costi della spesa sanitaria.

Tale disposizione, in via generale, ha introdotto importanti modifiche al sistema di *governance* della spesa farmaceutica: oltre alla rideterminazione dei tetti di spesa degli acquisti dei farmaci<sup>22</sup> previsti dai commi 3 e 4 del succitato articolo, è stato introdotto,

<sup>22</sup> Comma 11-*quater* dell'art. 15 del d.l. n. 95/2012 convertito con modificazioni dalla l. n. 135/2012: *“L'esistenza di un rapporto di biosimilarità tra un farmaco biosimilare e il suo biologico di riferimento sussiste solo ove accertato dalla European Medicine Agency (EMA) o dall'Agenzia italiana del farmaco, tenuto conto delle rispettive competenze. Non è consentita la sostituibilità automatica tra farmaco biologico di riferimento e un suo biosimilare né tra biosimilari. Nelle procedure pubbliche di acquisto per i farmaci biosimilari non possono essere posti in gara nel medesimo lotto principi attivi differenti, anche se aventi le stesse indicazioni terapeutiche. Al fine di razionalizzare la spesa per l'acquisto di farmaci biologici a brevetto scaduto e per i quali siano presenti sul mercato i relativi farmaci biosimilari, si applicano le seguenti disposizioni: a) le procedure pubbliche di acquisto devono svolgersi mediante utilizzo di accordi-quadro con tutti gli operatori economici quando i medicinali sono più di tre a base del medesimo principio attivo. A tal fine le centrali regionali d'acquisto predispongono un lotto unico per la costituzione del quale si devono considerare lo specifico principio attivo (ATC di V livello), i medesimi dosaggio e via di somministrazione; b) al fine di garantire un'effettiva razionalizzazione della spesa e nel contempo un'ampia disponibilità delle terapie, i pazienti devono essere trattati con uno dei primi tre farmaci nella graduatoria dell'accordo-quadro, classificati secondo il criterio del minor prezzo o dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il medico è comunque libero di prescrivere il farmaco, tra quelli inclusi nella procedura di cui alla lettera a), ritenuto idoneo a garantire la continuità terapeutica ai pazienti; c) in caso di scadenza del brevetto o del certificato di protezione complementare di un farmaco biologico durante il periodo di validità del contratto di fornitura, l'ente appaltante, entro sessanta giorni dal momento dell'immissione in commercio di uno o più farmaci biosimilari contenenti il medesimo principio attivo, apre il confronto concorrenziale tra questi e il farmaco originatore di riferimento nel rispetto di quanto prescritto dalle lettere a) e b); d) l'ente appaltante è tenuto ad erogare ai centri prescrittori i prodotti aggiudicati con le procedure previste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; e) eventuali oneri economici aggiuntivi, derivanti dal mancato rispetto delle disposizioni del presente comma, non possono essere posti a carico del Servizio sanitario nazionale”*.

dal comma 7<sup>23</sup>, un sistema di ripartizione dell'eventuale superamento del tetto di spesa anche a carico delle stesse aziende farmaceutiche, il cosiddetto sistema di *payback*. L'art. 15 del citato d.l. ha inoltre previsto alcune misure atte a sostenere l'acquisto di farmaci che possano generare un risparmio<sup>24</sup>.

In aggiunta a quanto sopra riportato, l'art. 15 ha poi previsto al comma 11-*ter* che «nell'adottare eventuali decisioni basate sull'equivalenza terapeutica fra medicinali contenenti differenti principi attivi, le regioni si attengono alle motivate e documentate valutazioni espresse dall'Agenzia italiana del farmaco», introducendo quindi il già citato giudizio sull'equivalenza terapeutica.

Come finora sottolineato, la *ratio* del d.l. n. 95/2012 è quella di arginare la crescente spesa sanitaria e farmaceutica, anche attraverso l'individuazione di criteri che possono incentivare la concorrenza nelle gare di approvvigionamento dei farmaci.

In tale senso, appare opportuno chiarire che sono le aziende sanitarie locali ad acquistare i farmaci tramite procedure di evidenza pubblica, secondo quanto previsto dal codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016).

Le procedure per l'approvvigionamento dei farmaci nascono dall'individuazione dei beni da acquistare secondo un preliminare processo di determinazione dei fabbisogni; viene poi stabilito quali sono i beni oggetto della gara e soprattutto le loro caratteristiche. Da ultimo le gare vengono suddivise in lotti anche in base ai beni posti come oggetto delle stesse.

Nell'individuazione dei beni da porre ad oggetto della gara pubblica, la circostanza di poter porre a base di gara medicinali previamente giudicati terapeuticamente equivalenti, ha l'evidente pregio di estendere la platea dei concorrenti, potendo presentare domanda tutti i titolari di AIC (autorizzazione immissione in commercio) di medicinali a parità di efficacia terapeutica.

È indubbio che un tale approccio ha il duplice vantaggio di aumentare la concorrenza tra le aziende farmaceutiche e di far sì che le aziende sanitarie possano ambire a generare dei risparmi di spesa.

Occorre però sottolineare che l'art.15 del d.l. 95/2012 non ha dettato una definizione di equivalenza terapeutica né ha definito la procedura con la quale la

---

<sup>23</sup> Società Italiana di Farmacia Ospedaliera e dei Servizi Farmaceutici delle Aziende Sanitarie, *Progetto sifo-fare, Acquisto dei farmaci e dei dispositivi medici alla luce del Nuovo Codice degli Appalti*, Documento operativo preliminare, consultabile in [https://www.sifoweb.it/images/news-allegati/Progetto\\_SIFO\\_-\\_FARE.pdf](https://www.sifoweb.it/images/news-allegati/Progetto_SIFO_-_FARE.pdf).

<sup>24</sup> Sul tema L.PACE, I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità, *Diritto e Società*, 2017.

stessa debba essere valutata ovvero i requisiti che due o più farmaci debbano avere per essere dichiarati equivalenti tra loro.

Se da un lato però il dettato normativo ha introdotto il giudizio di equivalenza terapeutica, con l'intento di generare un risparmio per la spesa pubblica, dall'altro ha sancito il ruolo centrale dello Stato nell'individuazione dei criteri per effettuare tale giudizio, ribadendo le competenze ed il ruolo preminente dell'ente regolatorio in ambito farmaceutico, ovvero dell'Agenzia italiana del Farmaco (AIFA).

L'AIFA, in attuazione dell'art. 15, comma 11-ter citato, prima con la determinazione n. 204/2014 e poi con la determinazione n. 818/2018, *"Linee guida sulla procedura di applicazione dell'articolo 15, comma 11-ter, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135"*, ha definito l'equivalenza terapeutica come un metodo attraverso cui è possibile confrontare medicinali contenenti principi attivi diversi al fine di identificare, per le stesse indicazioni, aree di sovrapponibilità terapeutica nelle quali non siano rinvenibili, alla luce delle conoscenze scientifiche, differenze cliniche rilevanti in termini di efficacia e di sicurezza.

I suddetti provvedimenti, inoltre, definiscono, per le regioni e per gli enti strumentali ad esse riferibili, i criteri per poter sottoporre alla decisione dell'Agenzia una richiesta di valutazione di equivalenza terapeutica che, una volta sottoposta al vaglio della Commissione Tecnico Scientifica (CTS), ove risulti positiva, sarà valida sul tutto il territorio nazionale proprio la fine di garantire l'unitarietà a livello nazionale della materia farmaceutica.

Quindi, secondo la normativa vigente, *«le regioni possono introdurre in gara "lotti complessi", pur dovendo attendere la decisione da parte di AIFA a carattere unificante su tutto il territorio nazionale; la CTS esprime le proprie valutazioni entro 90 giorni dalla sottoposizione del quesito mentre il parere è espresso dal Direttore AIFA entro un massimo di 150 giorni dalla presentazione della richiesta completa»<sup>25</sup>.*

Come più volte sottolineato, sia lo Stato che le Regioni hanno perseguito l'obiettivo comune di razionalizzare e limitare la spesa sanitaria, tuttavia, il legislatore ha posto dei limiti per preservare l'unitarietà a livello nazionale della materia attraverso una gestione da parte dell'organo centrale dell'individuazione dell'equivalenza

---

<sup>25</sup> A. NAPOLITANO, op. cit., p. 3.

terapeutica tra medicinale con diverso principio attivo al fine appunto di evitare gli effetti distorsivi<sup>26</sup>.

Tali limiti sono previsti dalla stessa Carta Costituzionale.

Difatti la stessa possibilità per le Regioni a statuto ordinario di ottenere maggiori attribuzioni nelle materie concorrenti come previsto dal comma 3 dell'art. 116 della Costituzione incontra, in generale, limiti espliciti previsti dall'articolo stesso, e, relativamente alla materia sanitaria, limiti impliciti desumibili dall'art. 32 ed in particolare dall'art. 117 comma 2 lettera m della Costituzione stessa.

Sul punto, parte della dottrina ha ricordato come *«il procedimento legislativo in materia di regionalismo differenziato debba rispettare, come limite "ontologico", la Costituzione, i diritti fondamentali riferiti alle competenze che non possono essere devolute, e, infine, i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»*<sup>27</sup>.

L' esistenza di questi limiti è stata confermata dalla Corte Costituzionale già nella sentenza n.282 del 2002<sup>28</sup> in cui viene statuito che *«quanto poi ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, non si tratta di una "materia" in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»*.

In altre pronunce, la Corte Costituzionale ha confermato questo orientamento giurisprudenziale, ed in particolare, nella sentenza n. 387 del 2007, infatti, viene cristallizzato il principio per cui *«la deroga alla competenza legislativa delle Regioni, in favore di quella dello Stato, è ammessa nei limiti necessari ad evitare che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano, in ipotesi, assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato»*.

Recentemente, nella sentenza della stessa Corte n.5 del 2018<sup>29</sup> tale principio viene ulteriormente sostenuto e inoltre viene sottolineato il ruolo preminente dello Stato e

<sup>26</sup> Sul punto F. RAGUSA, Nuovo Titolo V: dalle prime certezze alcune ipotesi per il futuro, Diritto e Diritti, 2012, R. BALDUZZI - D. PARIS, Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative, in Giur. cost. 2008.

<sup>27</sup> Sul tema G. BOLDI, Il riparto di competenze legislative in materia di vaccinazioni (Corte costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 5), Fedarilismi.it, consultabile in <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=35616>.

<sup>28</sup> Cons. Stato, Sez. III, 13 aprile 2018, n.2229, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2017, n. 997, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

quindi dell'ente competente in materia ovvero l'AIFA, quale garante della parità di trattamento in relazione alle cure farmacologiche su tutto il territorio nazionale; in particolare la Corte stabilisce che *«il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002) deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale. Tale principio vale non solo (come ritenuto nelle sentenze appena citate) per le scelte dirette a limitare o a vietare determinate terapie o trattamenti sanitari, ma anche per l'imposizione di altri. Se è vero che il «confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia» (sentenza n. 169 del 2017), a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato – ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. – il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili».*

Appare evidente, quindi, che le valutazioni di equivalenza terapeutica di farmaci a base di principi attivi diversi debbano essere adottate solo dall'ente statale preposto al fine di garantire sia la più volte invocata unitarietà della materia farmaceutica sia il mantenimento dei livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria.

Tale avviso è riscontrabile anche nella consolidata giurisprudenza amministrativa. Sia i tribunali regionali che il Consiglio di Stato hanno affermato la competenza primaria dello Stato in materia sanitaria e soprattutto in ambito farmaceutico nei confronti delle Regioni nei casi in cui vengano adottati provvedimenti che possano ledere i livelli essenziali di prestazione.

Di recente, proprio il Consiglio di Stato (sez. III, sentenza n. 2229/2018) ha affermato che *«il complesso delle disposizioni legislative dedicate a regolare la materia affida all'AIFA le funzioni relative al rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio di medicinali, alla loro classificazione, alle relative indicazioni terapeutiche (e, quindi, all'equivalenza terapeutica con altri farmaci), ai criteri delle pertinenti prescrizioni, alla determinazione dei prezzi, al regime di rimborsabilità ed al monitoraggio del loro consumo»*<sup>30</sup>.

Tale sentenza, oltre a confermare l'orientamento giurisprudenziale più volte espresso, ha arricchito il processo interpretativo delineando espressamente gli ambiti

<sup>30</sup> Cons. Stato, Sez. III, sentenza 11 maggio 2108, n. 2820, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

di competenza Regionale stabilendo che: *«più in generale la Regione ben può prevedere misure di razionalizzazione della spesa farmaceutica, sia per contenerla sia per impegnare le somme limitate a sua disposizione nel modo ritenuto più congruo alle esigenze della popolazione».*

Tuttavia, se appare quindi primario il principio dell'unitarietà dell'utilizzo dei farmaci sul territorio nazionale rispetto ad esigenze di tipo economico di contenimento della spesa sanitaria, la giurisprudenza ha ancora chiarito, con riferimento alle attribuzioni in materia farmaceutica delle Regioni, *«che nell'ambito della competenza regionale concorrente in materia di tutela della salute, esse hanno discrezionalità organizzativa e di scelta, pur nei limiti imposti dal rispetto dei principi posti dalle norme nazionali, nonché precisi obblighi di monitoraggio e contenimento della spesa pubblica. In questo quadro ben può, ad esempio, la Regione - nell'individuare i farmaci da inserire nel prontuario ospedaliero - orientare i medici all'utilizzo dei farmaci nelle condizioni cliniche per le quali risultano migliori evidenze di efficacia, richiamando altresì l'attenzione sul rapporto costo/benefici»*<sup>31</sup>.

In particolare poi il Consiglio di Stato (sez. III, sentenza n. 2820/2018) ha sancito che in diritto, costituisce vero e proprio *iusreceptum* nella giurisprudenza il principio che *«la valutazione di "equivalenza terapeutica" (ovvero, di sovrapponibile funzionalità terapeutica) tra medicinali basati su differenti principi attivi non possa essere effettuata dalle Regioni, ma che essa – in quanto incidente sui livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, ai sensi dell'art. 15, comma 11 ter, D.L. n. 95 del 2012 – debba risultare da " motivate e documentate valutazioni espresse dall'Agenzia italiana del farmaco»*<sup>32</sup>.

Significative sono poi tre sentenze del Tar dell'Umbria<sup>33</sup> che si è espresso relativamente ad alcune clausole di un capitolato di gara di appalto dinamico per l'acquisto di prodotti farmaceutici che avrebbero alterato il meccanismo di formulazione delle offerte.

In tali sentenze, al riguardo, il giudice amministrativo ha espressamente affermato che l'articolo 15, comma 11-ter, *«sia ricognitivo di principi già desumibili dal riparto di competenze tra Stato e regioni di cui all'articolo 117 della Costituzione, che vede assegnato al primo la determinazione dei "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (articolo 117, comma 2,*

<sup>31</sup> Tar Umbria, Sez. I, 26 aprile 2013, nn. 254,255,256, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

<sup>32</sup> Tar Umbria, Sez. I, 26 aprile 2013, n.256, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

<sup>33</sup> Tar Lazio, Sez. III, 29 aprile 2014, n. 4514, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

*lettera m) e alle seconde una competenza concorrente in materia di "tutela della salute" (articolo 117, comma 3). In ossequio a tale ripartizione, l'AIFA, ai sensi dell'articolo 48 della legge 24 novembre 2003, n. 326, ha il compito (tra l'altro) di garantire l'unitarietà della materia farmaceutica, ivi compresa la valutazione e la classificazione dei farmaci e la stessa messa a punto di azioni di contenimento della spesa farmaceutica, alla quale le regioni e le province autonome possono chiedere un parere sull'equivalenza. Compete, pertanto, allo Stato la valutazione in merito all'equivalenza di diversi principi attivi, non essendo configurabile una disciplina differenziata per singola regione, non potendo le stesse Regioni incidere autonomamente nel merito delle scelte terapeutiche (ex plurimis Corte Costituzionale 14 novembre 2003, n. 338)»<sup>34</sup>.*

Altre pronunce di diversi tribunali regionali hanno consolidato tale orientamento giurisprudenziale. Il Tar del Lazio (sez. III, sentenza 29 aprile 2014, n. 4514), decidendo sulla legittimità di una determinazione della Regione Lazio che affermava la sovrapponibilità di due farmaci con diversi principi attivi, ha affermato che *«a fronte di tale ripartizione di competenze, è stato, pertanto, ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale una regione esprima una valutazione di sovrapponibilità di medicinali con diversi principi attivi e, quindi di equivalenza terapeutica, che spetta in via esclusiva all'AIFA»*<sup>35</sup>. Anche il Tar Piemonte (sez. I, sentenza 16 marzo 2017, n. 382)<sup>36</sup>, chiamato a decidere in merito alla legittimità di una delibera della regione Piemonte che stabiliva, per i direttori generali/commissari delle aziende sanitarie regionali, degli obiettivi economici, che secondo, l'azienda farmaceutica ricorrente, avrebbero spinto i medici proscrittori a raccomandare sistematicamente i farmaci meno costosi, ha affermato che *«le regioni non possono sovrapporsi alla competenza statale in tema di equivalenza terapeutica demandata all'Agenzia italiana del farmaco, al fine di garantire l'unitarietà delle attività in materia farmaceutica»*<sup>37</sup>.

Da quanto finora descritto appare chiaro che i giudici hanno applicato quanto previsto dal legislatore in materia di equivalenza terapeutica in maniera restrittiva, ribadendo il primato del principio di unitarietà della materia farmaceutica sulle

<sup>34</sup> G.F. Ferrari, Osservatorio Farmaceutico Egea, 2019.

<sup>35</sup> Tar Piemonte, Sez. I, 16 marzo 2017, n. 382, in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

<sup>36</sup> A. RUGGERI, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in [www.giurcost.org/studi/pdf/ruggeri3-2002.pdf](http://www.giurcost.org/studi/pdf/ruggeri3-2002.pdf).

<sup>37</sup> Cons. di Stato, Sez. III, 13 aprile 2018, n.2229. in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

esigenze di contenimento della spesa pubblica evitando determinazioni differenziate da regione a regione e quindi disparità di trattamento tra i cittadini.

In questa ottica il d.l. 95/2012 e i successivi interventi normativi in tema di spese farmaceutica possono rientrare in quella categoria di norme che dottrina autorevole ha equiparato alla "colla" «che tiene unite tra di loro le parti costitutive dell'ordinamento stesso, col fatto stesso di assicurare uniformità delle prestazioni relative ai diritti»<sup>38</sup>.

La volontà delle regioni, espressa nelle bozze di intese sopra richiamate, di decidere e valutare autonomamente l'equivalenza terapeutica tra medicinali, nelle more delle decisioni prese dall'organo centrale, laddove tali intese, concluso l'iter previsto dal comma 3 dell'art. 116 della Costituzione, dovessero diventare leggi, potrebbe compromettere la garanzia dell'unitarietà, a livello nazionale, dei trattamenti sanitari, e quindi anche farmaceutica.

Potrebbero, infatti, determinarsi casi in cui una regione effettui un giudizio di equivalenza terapeutica tra medicinali, con conseguenze sui trattamenti destinati ai soli pazienti curati in quella regione, mentre in altre regioni quel tipo di trattamento potrebbe non essere disponibile, non essendo stato effettuato lo stesso giudizio di equivalenza (o addirittura potendo il medesimo essere espressamente escluso).

In sostanza, l'invocata autonomia regionale in questa materia potrebbe tradursi in una disparità di trattamento tra i cittadini delle varie regioni. In questo modo si delineerebbe una disomogenea applicazione del principio di equivalenza terapeutica che inciderebbe sulla qualità dell'offerta per l'assistenza sanitaria ai cittadini con ripercussioni finanche sui livelli essenziali di assistenza (LEA).

### 3. Conclusioni.

Alla luce quindi del quadro normativo descritto e dell'orientamento giurisprudenziale ampiamente illustrato, sembra non essere auspicabile l'autonomia regionale in ambito di equivalenza terapeutica nelle modalità previste dalle intese citate.

Infatti, sebbene l'obiettivo di risanare i bilanci delle Regioni nell'ambito della spesa sanitaria sia condiviso e primario sia per lo Stato che per le stesse Regioni, appare

---

<sup>38</sup> N.DIRINDIN La sanità italiana tra crisi ed eccellenza Il Mulino – Rivisteweb 2020 *consultabile in* <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1402/97486>.

chiaro che le modalità previste nell'intese regionali siano in palese contrasto con le norme statali e la stessa Carta Costituzionale nella parte relativa alla garanzia dei livelli essenziali di prestazioni.

Come ampiamente descritto, se diverse Regioni ottenessero maggiore autonomia in questo particolare ambito e conseguentemente prendessero decisioni in materia di determinazione dell'utilizzo di principi attivi di farmaci differenti per la stessa indicazione terapeutica, l'unitarietà della materia farmaceutica a livello nazionale potrebbe non essere più garantita delineando una disuguaglianza a livello territoriale ed una disparità di trattamento tra cittadini. Il Consiglio di Stato evidenzia infatti che, *«le prescrizioni regionali dettate per esigenze di razionalizzazione della spesa sanitaria non possono integrare, di per se stesse, il vizio di eccesso o, addirittura, di sviamento di potere, ma risultano illegittime solo se, e nella misura in cui, per raggiungere tale obiettivo di contenimento della spesa finiscono per essere violate disposizioni normative a tutela della salute, come ad esempio la necessità della previa acquisizione della valutazione dell'AIFA per stabilire l'equivalenza terapeutica tra farmaci contenenti principi attivi diversi»*<sup>39</sup>.

Emerge chiaramente dalla disamina effettuata che l'unitarietà della materia farmaceutica deve essere garantita sul tutto il territorio nazionale e tale principio non può essere derogato neanche rispetto la necessità da parte delle Regioni di generare risparmi o sanare i propri bilanci relativamente alla considerevole voce di spesa in materia sanitaria.

Le competenze dell'Agenzia Italiana del Farmaco sono state ripetutamente ed univocamente qualificate come esclusive sia dalla giurisprudenza costituzionale che da quella amministrativa, restando, quindi, preclusa alle Regioni la previsione di un regime di utilizzabilità e di rimborsabilità dei medicinali che sia incompatibile con

\* Il lavoro, rivisto per la pubblicazione, riprende il contenuto della *Relazione* tenuta nel corso del Convegno intitolato *«La nuova riforma dell'attività amministrativa. Le modifiche alla Legge 241/1990 apportate con Legge dell'11 settembre 2020 n. 120 e le recenti novità in materia di contratti pubblici»*, organizzato dai proff. SANDRO DE GOETZEN e GIULIA MILO, amministrativisti del Dipartimento di *«Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione»* dell'Università degli Studi di Trieste, con la collaborazione e il patrocinio dell'Ateneo di Trieste, del Comune di Trieste e della Rivista di Classe *«A» AmbienteDiritto.it*, e svoltosi online, ai sensi dell'art. 1, co. 1 (*«Misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale»*), lett. d), n. 5, del d.p.c.m. 18.10.2020, di modifica del d.p.c.m. 13.10.2020 (*«Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"»*).

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Udine e componente del Comitato scientifico di questa Rivista.

quello stabilito in via generale (e sulla base dei pareri emessi dalla competente Commissione Consultiva Tecnico Scientifica) dall'AIFA a livello nazionale.

In via generale, la crisi sanitaria, poi, ha rimarcato e ribadito questo concetto, rendendo empirico quanto più volte enunciato sia in dottrina che in giurisprudenza, ovvero la necessità, nell'ambito sanitario e farmaceutico, di standard e prestazioni omogenee sul territorio nazionale.

*«Questo è forse uno degli insegnamenti più importanti che possiamo trarre dalla pandemia: l'autonomia regionale non può spingersi fino a rendere strutturalmente inadeguato uno dei settori dell'assistenza sanitaria (previsto dalla normativa nazionale e sostenuto dalla comunità scientifica internazionale) e il livello centrale non può continuare a monitorare in modo strutturalmente inadeguato uno dei settori dell'assistenza (come è stato finora per le cure primarie) che ricadono nell'ambito della verifica del rispetto dei livelli essenziali di assistenza tutelati dalla Costituzione. Il rispetto della normativa richiede a tutti i livelli istituzionali meno disimpegno e più collaborazione»<sup>40</sup>*

---

<sup>40</sup> ... si fa ovviamente per dire.

## Considerazioni generali sul «semplificare» ... ma all'italiana\*

Ludovico A. Mazzaroli\*\*

**ABSTRACT**[ITA]: Lo scritto cerca di mostrare al lettore come non si deve legiferare se si vuole raggiungere l'obiettivo di semplificare l'attività della pubblica Amministrazione.

**ABSTRACT** [ENG]: *The paper tries to demonstrate how not to legislate if the target is try to simplify the activity of the public administration.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. – **2.** L'oggetto della disamina. – **3.** Le modifiche, nel tempo, alla l. n. 241/1990. – **4.** (... segue) le modifiche, nel tempo, alla l. n. 241/1990: noterelle di carattere ... «statistico». – **5.** Si può *semplificare* l'azione della p.A. mediante la tecnica normativa adoperata nel d.l. n. 76/2020? Due esempi, per tutti, di carattere contenutistico. – **6.** Conclusioni. – **7.** Bibliografia.

## 1. Premessa.

Quando mi è stato chiesto di fare un breve intervento nel corso di questo interessante Convegno (per il quale mi congratulo molto con gli organizzatori, i Colleghi proff. Sandro de Goetzen e Giulia Milo, amministrativisti del Dipartimento di «*Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione*» dell'Università degli Studi di Trieste, al contempo ringraziando loro e il dott. Antonio Mitrotti per avermi voluto tra Voi), la *Locandina* era praticamente già pronta.

Ma non per colpa di chi mi stava invitando, bensì, come sempre, per colpa mia, avendo, come sempre, tardato a dare il mio «sì» definitivo.

Scorrendo le Relazioni che erano, a quel punto, già state programmate, mi sono reso subito conto che il «meglio» era già stato - giustamente e comprensibilmente - «appaltato».

Gli articoli 1 (comma 2-bis), 2 (comma 8-bis), 10-bis, 16, 17-bis, 21-decies e 29 della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo avevano già trovato un «dominus» o una «domina», così come, più in generale, le «*innovazioni in materia di contratti pubblici*», o le considerazioni che potevano essere indotte, in qualche studioso di Diritto pubblico, dal tema del «*giusto procedimento*», oppure, infine, da quello di una più che opportuna critica fondata sull'asserita adozione di «*schemi [nati già] superati*».

## 2. L'oggetto della disamina.

Allora, mi sono detto: «*dai un'occhiata generale e racconta al foltissimo pubblico le Tue impressioni, o alcune tra esse, di carattere generale sulla semplificazione ... intesa all'italiana*».

E così faccio.

Sono partito dal sottotitolo del Convegno che è tutto incentrato sulla ben nota legge 7 agosto 1990, n. 241, con «*Nuove <sup>[1]</sup> norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*».

---

<sup>1</sup> Cedam, Padova, 1998.

Io - ahimè - c'ero quando essa venne emanata trent'anni fa (e fu sottoscritta da FRANCESCO COSSIGA, Presidente della Repubblica, da GIULIO ANDREOTTI, Presidente del Consiglio e da GIULIANO VASSALLI, Ministro di Grazia e Giustizia: nomi che, comunque la possiate pensare, diciamo che ... fanno un certo effetto) e siccome facevo la pratica in uno studio che si occupava esclusivamente di *Diritto amministrativo* dovetti studiarla a fondo.

Talmente a fondo che il primo libro che scrissi sulla strada che mi avrebbe condotto fin qua, oggi, si occupò del «*L'accesso ai documenti. Profili sostanziali*»<sup>2</sup>, cioè dell'intero Capo V della legge stessa.

Quest'ultima, nel suo complesso, si componeva di 31 articoli, suddivisi in 6 Capi.

Il I. trattava, in tre articoli, dei «*PRINCIPI*»; il II., del pari composto di tre articoli, del «*RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO*»; il III., fatto di sette articoli, di «*PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO*»; il IV. si occupava, in otto articoli, di «*SEMPLIFICAZIONE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA*»; il V., come già accennato, trattava, in sette articoli, di «*ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI*»; il VI. recava tre articoli con le «*DISPOSIZIONI FINALI*».

Sei soli Capi e ... 3 + 3 + 7 + 8 + 7 + 3 (= 31) articoli in tutto, appunto.

E tutti e 31 composti di meno di 6 commi, pressoché integralmente brevi, o semi-brevi, tranne gli artt. 16, 24 e 25 che constavano di 6 commi ciascuno e l'art. 27 che ne contava 7.

### **3. Le modifiche, nel tempo, alla l. n. 241/1990.**

Con un po' di fatica, mi sono cercato, e alla fine ho trovato, il testo della stessa legge n. 241/1990, aggiornato non solo al d.l. 16 luglio 2020, n. 76<sup>3</sup>, ma anche alla legge di conversione, con modifiche, di quest'ultimo che è la co-protagonista dell'odierno Convegno: la l. 11 settembre 2020, n. 120.

Ordunque, dall'agosto 1990 è ben vero che sono passati trent'anni, ma – attenzione! – sul testo della l. n. 241 sono intervenuti, nell'ordine:

<sup>2</sup>«*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali*».

<sup>3</sup> In tale senso modificati, rispettivamente, dall'art. 21, co. 1, della l. n. 15/2005 cit, lettere lett. c), d), g), i), l), v), gg), hh).

- d.l. 12 maggio 1995, n. 163 (*«Misure urgenti per la semplificazione dei procedimenti amministrativi e per il miglioramento dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 11 luglio 1995, n. 273;
- l. 15 maggio 1997, n. 127 (*«Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo»*);
- l. 3 agosto 1999, n. 265 (*«Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla legge 8 giugno 1990, n. 142»*);
- l. 24 novembre 2000, n. 340 (*«Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1999»*);
- l. 13 febbraio 2001, n. 45 (*«Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza»*);
- l. 11 febbraio 2005, n. 15 (*«Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa»*);
- d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (*«Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 14 maggio 2005, n. 80;
- d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (*«Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 2 aprile 2007, n. 40;
- d.P.R. 2 agosto 2007, n. 157 (*«Regolamento recante riordino della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi ...»*);
- d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (*«Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 6 agosto 2008, n. 133;
- l. 18 giugno 2009, n. 69 (*«Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile»*);
- l. lgs. 26 marzo 2010, n. 59 (*«Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno»*);
- d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (*«Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica»*);

- d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*«Codice del processo amministrativo»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 30 luglio 2010, n. 122;
- d.l. 5 agosto 2010, n. 125 (*«Misure urgenti per il settore dei trasporti e disposizioni in materia finanziaria»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 1 ottobre 2010, n. 163;
- d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (*«Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 12 luglio 2011, n. 106;
- d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (*«Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 14 settembre 2011, n. 148;
- l. 11 novembre 2011, n. 180 (*«Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese»*);
- d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 (*«Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo ...»*);
- d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (*«Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 4 aprile 2012, n. 35;
- d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (*«Misure urgenti per la crescita del Paese»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 7 agosto 2012, n. 134;
- l. 6 novembre 2012, n. 190 (*«Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»*);
- d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (*«Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 17 dicembre 2012, n. 221;
- d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (*«Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni»*);
- d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (*«Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia»*);
- l. (di conv., con modificazioni) 9 agosto 2013, n. 98;
- d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 (*«Interventi urgenti di avvio del piano "Destinazione Italia", per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas, per la riduzione dei premi RC-auto, per l'internazionalizzazione, lo sviluppo e la digitalizzazione delle imprese, nonché misure per la realizzazione di opere pubbliche ed EXPO 2015»*);

- l. (di conv., con modificazioni) 21 febbraio 2014, n. 9;
- d.l. 24 giugno 2014, n. 91 («*Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea*»);
- l. (di conv., con modificazioni) 11 agosto 2014, n. 116;
- d.l. 12 settembre 2014, n. 133 («*Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*»);
- l. (di conv., con modificazioni) 11 novembre 2014, n. 164;
- l. 7 agosto 2015, n. 124 («*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*»);
- l. 28 dicembre 2015, n. 221 («*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*»);
- d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126 («*Attuazione della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), a norma dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124*»);
- d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127 («*Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124*»);
- d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104 («*Attuazione della direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, ai sensi degli articoli 1 e 14 della legge 9 luglio 2015, n. 114*»);
- d.l. 16 luglio 2020, n. 76 («*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*»);
- l. (di conv., con modificazioni) 11 settembre 2020, n. 120.

#### **4.(... segue) le modifiche, nel tempo, alla l. n. 241/1990: noterelle di carattere ... «statistico».**

Cinquanta provvedimenti dotati della forza della legge, di cui sedici decreti legge; ventisei leggi (di cui sedici di conversione., tutte con modificazioni, dei predetti decreti legge); sette decreti legislativi delegati e un d.P.R. [Certo, quest'ultimo – 2 agosto 2007, n. 157 – non è un atto con forza di legge, ma un c.d. «regolamento di delegificazione», che, ex art. 17, co. 2, della l. 23 agosto 1988, n. 400, reca il «Regolamento recante riordino della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi prevista dall'articolo 27 della legge 7 agosto 1990, n. 241, a norma dell'articolo 1, comma 1346, della legge 27 dicembre 2006, n. 296», disponendo, nell'art. 1, co. 1, la soppressione del secondo periodo dell' «articolo 18, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni» e, nell'art. 1, co. 2, l'abrogazione dell'«articolo 27, co. 7» della stessa legge].

Di media ... 1,6 provvedimenti per ogni anno.

Anni di inattività *sulla* legge?

Meno della metà: dodici su trenta: 1991, 1992, 1993, 1994, [...], 1996, [...], 1998, [...], 2002, 2003, 2004, [...], 2006, [...], 2018, 2019.

In compenso, sei interventi nel 2010, sei nel 2011, sette nel 2012, quattro nel 2013, cinque nel 2014, per un totale di ventotto interventi in cinque anni.

Articoli della legge modificati?

Tutti. Magari qualcuno solo con l'aggiunta della *Rubrica* (è il caso degli artt. 3, 4, 7, 9, 10, 17, 28, 30)<sup>4</sup>, ma tutti.

Non solo, ma con l'aggiunta di nove articoli *bis*<sup>5</sup>; di due articoli *ter*<sup>6</sup>; di due articoli *quater*<sup>7</sup>; di due articoli *quinqües*<sup>8</sup>; di un articolo *sexies*<sup>9</sup>; di un *septies*<sup>10</sup>; di un *octies*<sup>11</sup>; di

<sup>4</sup> Gli artt. 2*bis*, 3*bis*, 6*bis*, 10*bis*, 14*bis*, 17*bis*, 18*bis*, 19*bis* e 21*bis*.

<sup>5</sup> Gli artt. 14*ter* e 21*ter*.

<sup>6</sup> Gli artt. 14*quater* e 21*quater*.

<sup>7</sup> Gli artt. 14*quinqües* e 21*quinqües*.

<sup>8</sup> È l'art. 21 *sexies*.

<sup>9</sup> È l'art. 21 *septies*.

<sup>10</sup> È l'art. 21 *octies*.

<sup>11</sup> È l'art. 21 *nonies*.

un *nonies*<sup>12</sup>; di un *decies*<sup>13</sup>, portando, così, il totale degli articoli dai trentuno originari ai cinquantuno attuali.

<sup>12</sup>È l'art. 21 *decies*.

<sup>13</sup> Sulle problematiche sottese alla semplificazione dell'azione della pubblica si vedano le ricostruzioni in Aa.vv., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, (a cura di) A. M.SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2005; Aa.vv., *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, voll. 1 e 2, (a cura di) A. M.SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2000 e 2005; Aa.vv., *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, (a cura di) B. CAVALLO, Giappichelli, Torino, 2001; Av.vv., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna - Villa Monastero 17-19 settembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016; Av.vv., *Contributi in tema di semplificazione normativa e amministrativa*, (a cura di) J. LUTHER E P. M.VIPIANA, Polis Working Papers, n. 208, December 2013; Aa.vv., *La semplificazione amministrativa*, (a cura di) L. VANDELLI E G. GARDINI, Rimini, Maggioli, 1999; Aa.vv., *La semplificazione amministrativa nel decreto del fare*, (a cura di) F. CARINGELLA - D. GIANNI - L. TARANTINO, Dike Giuridica ed., Milano, 2013; Aa.vv., *La semplificazione nelle leggi e nell'azione amministrativa. Una nuova stagione*, *Quaderni dello Spisa*, (a cura di) G. SCIULLO, Bononia University Press, Bologna, 2008; Aa.vv., *La semplificazione tra Stato, regioni e autonomie locali. Il caso della legge 241*, *Quaderni del Formez*, n. 50, Roma, 2006; Aa.vv., *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, *Quaderni di Astrid*, (a cura di) A. NATALINI E G. TIBERI, Il Mulino, Bologna, 2010; Aa.vv., *Legislazione in materia di documentazione e semplificazione amministrativa*, 2<sup>a</sup> ed., Simone, Napoli, 2015; Aa.vv., *Semplificazione e trasparenza. Lo stato di attuazione della Legge n. 241 del 1990*, (a cura di) M.L. D'AUTILIA E N. ZAMARO, E.S.I., Napoli, 2005; Aa.vv., *Silenzio-assenso semplificazione competitiva e D.I.A.*, Giuffrè, Milano, 2006; M. AGNOLI, *La semplificazione delle procedure amministrative*, in *L'amministrazione italiana* n. 3/2007; S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitiva del «sistema Italia»*, Giuffrè, Milano, 2006; S. AMOROSINO, *Lo stallo della semplificazione amministrativa: fattori critici e ipotesi di rilancio*, in *Foro amm.-T.A.R.* 2004, pp. 1887 ss.; F. BASSANINI, *Considerazioni sulla attuale riforma per la semplificazione amministrativa. Critiche e riflessioni*, in *Nuova rass. di legislazione dottrina e giurisprudenza* n. 8/2006, pp. 1095 e ss.; S. BATTINI, *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, in *Giorn. di dir. amm.* n. 4/2004, pp. 450 e ss.; T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2008, pp. 173 ss.; L. CARBONE, *Semplificazione dell'azione amministrativa nell'attuazione della l. n. 59/1997*, Il Mulino, Bologna, 1998; M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in *Dir. pubbl.* 2000, pp. 385 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n.3/1998, pp. 699 ss.; S. CASSESE - G. GALLI, *L'Italia da semplificare*, Il Mulino, Bologna, 1998; V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.* nn. 3-4/2000, pp. 617 ss.; R. CHIEPPA, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, pp. 257 ss.; M. CIRCI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi (2001- 2002)*, in *Giorn. di dir. amm.* n. 8/2002, pp. 837 ss.; M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 3/1998, pp. 679 ss.; S. D'ANTONIO, *Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove Autonomie* nn. 3-4/2008; C. DEODATO, *I limiti della semplificazione amministrativa. Un'idea liberale di revisione delle funzioni pubbliche*, in *GiustAmm.it* n. 5/2017; F. DI LASCIO, *Le semplificazioni amministrative e le misure di riduzione degli oneri*, in *Giorn. dir. amm.* n. 3/2012, pp. 242 ss.; R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Jovene, Napoli, 2001, pp. 647 ss.; G.F. FERRARI, *La semplificazione amministrativa negli ordinamenti anglo-americani: recenti tendenze*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.* n. 1/2006, pp. 313 ss.; G. F. FERRARI, *Semplificazione e consenso nell'azione amministrativa: esperienze a confronto. Introduzione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.* n. 1/2006, pp. 287 ss.; G. GARANCINI, *Semplificazione delle procedure e rispetto delle regole*, in *Iustitia* n. 4/2007, pp. 359 ss.; R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it) 2010; M. IMMORDINO, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove Autonomie* nn. 3-4/2008, pp. 603 ss.; P. LAZZARA, *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto*

comunitario, in *Nuove autonomie* nn. 3-4/2008, pp. 475 ss.; N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in *GiustAmm.it* n. 4/2016; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. I. Profili critici e principi ricostruttivi*, E.S.I., Napoli, 2000; A. MASUCCI, *Semplificazione amministrativa ed amministrazione digitale. L'avvio del procedimento amministrativo per via telematica*, in *Nuove Autonomie* nn. 3-4/2008, pp. 539 ss.; B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011; F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 335 ss.; E. MICHETTI, *La semplificazione amministrativa*, CEL, Bergamo, 2003; F. MIDIRI, *Il principio di efficacia tra imparzialità e buon andamento nella legge di riforma del procedimento amministrativo n.15/2005*, in *Dir. econ.* n. 4/2007, pp. 671 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Semplificazione amministrativa e nuovo Titolo V della Costituzione*, in *L'amministrazione italiana* n. 4/2004, pp. 496 ss.; A. NATALINI, *I limiti delle semplificazioni*, in *Le istituzioni del Federalismo* n. 1/2003, pp. 69 ss.; A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2002; A. NATALINI, *Le semplificazioni in Italia: alcuni casi*, in *Giorn. di dir. amm.* n. 4/2004, pp. 458 ss.; A. NATALINI, *La terza semplificazione*, in *Giorn. di dir. amm.* n. 10/2003, pp. 1003 ss.; C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.* 2014, pp. 355 ss.; D. POETA, *La semplificazione amministrativa*, Nuova Giuridica, Matelica (Mc), 2012; A. POLICE, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in Aa.vv., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, (a cura di) N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO, Giappichelli, Torino 2005, pp. 49 ss.; N. RANGONE, *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, in *Dirittonline.it*, Enc. Treccani 13.5.2010; G. RAZZANO, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la semplificazione*, in *Dir. amm.* nn. 2-3/2001; F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove autonomie* nn. 3-4/2008, pp. 447 ss.; R. SCARCIGLIA, *La semplificazione amministrativa in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2006, pp. 364 ss.; F.G. SCOCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove Autonomie* n. 3-4/2008, pp. 557 e ss.; Scoca F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, pp. 96 ss.; G. SGUEO, *Gli istituti della semplificazione nell'ordinamento italiano*, in *www.diritto.it*; Spasiano M.R., *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-T.A.R.* 2010, pp. 3041 ss.; G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione*, E.S.I., Napoli, 2014; L. TORCHIA, *Si scrive semplificare, si legge ridurre e rispettare i tempi*, in *Amm. civ.* n. 2/2008; Torchia L., *Tendenze recenti della semplificazione*, in *Dir. amm.* 1998, pp. 385 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *GiustAmm.it* n. 5/2016; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2008, pp. 417 ss.; D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione?*, *Giuffrè*, Milano, 2006; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 3/1998, pp. 655 ss.; G. VESPERINI, *Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2010, pp. 203 ss.; G. VESPERINI, *Semplificazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006; C. VIDETTA, *Semplificazione amministrativa e interessi sensibili. Una prospettiva di analisi*, in *Dir. econ.* 2013, pp. 557 ss.; P.M. VIPIANA, *Considerazioni in tema di semplificazione amministrativa procedimentale*, in Aa.vv., *Scritti in onore di Franco Bassi*, I, E.S.I., Napoli, 2015, pp. 367 ss.

## **5. Si può semplificare l'azione della P.A. mediante la tecnica normativa adoperata nel d.l. n. 76/2020? Due esempi, per tutti, di carattere contenutistico.**

Per arrivare a semplificare l'azione della pubblica Amministrazione in un Paese dove, checché ne dica più d'uno e sempre più di frequente, a me risulta ancora vigente il «*principio di legalità*» (di talché tutto l'agire della P.A. dipende, più o meno direttamente e in misura più o meno stringente, da previsioni di legge o di atti dotati della forza della legge), a mio parere non si può che passare attraverso la previa semplificazione di ciò che le fonti primarie (e, in seconda battuta, quelle secondarie) statuiscono<sup>14</sup>.

Detto diversamente, è prima necessario semplificare la legislazione, per, poi, semplificare l'amministrazione: si tratta, in fondo, di due facce della stessa medaglia.

Non è questa la sede più adatta per dilungarsi sul punto e, quindi, adopero due esempi (il testo di un articolo di legge e quello della nota a un comma), che traggo direttamente dalla l. n. 120/2020 cit. e dalla l. n. 241/1990 cit.

**5a.** - L'articolo, innanzitutto, che reca-si cerchi di ricordarlo a fine lettura-«*Misure di semplificazione amministrativa per l'innovazione*»: è l'art. 36 della l. n. 120/2020 cit. e sta nel Capo IV di questa, dedicato alle «*Misure per l'innovazione*».

« 1. *Al fine di favorire la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, nonché lo sviluppo, la diffusione e l'impiego delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico, le imprese, le Università, gli enti di ricerca e le società con caratteristiche di spin off o di start up universitari di cui all'articolo 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, che intendono sperimentare iniziative attinenti all'innovazione tecnologica e alla digitalizzazione, possono presentare alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale i relativi progetti, con contestuale domanda di temporanea deroga alle norme dello Stato, diverse da quelle di cui al comma 3, che impediscono la sperimentazione. Nella domanda è indicato il titolare della richiesta e il responsabile della sperimentazione, sono specificate le caratteristiche, i profili di innovazione, la durata, le finalità del progetto e della sperimentazione, nonché i risultati e i benefici attesi,*

<sup>14</sup>Professore associato confermato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Chieti-Pescara "G. d'Annunzio" (polo di Pescara).

le modalità con le quali il richiedente intende svolgere il monitoraggio delle attività e valutarne gli impatti, nonché gli eventuali rischi connessi all'iniziativa e le prescrizioni che si propongono per la loro mitigazione.

« 2. Le domande vengono contestualmente indirizzate anche al Ministero dello sviluppo economico, che, sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per gli eventuali aspetti relativi alla sicurezza della circolazione, le esamina entro 30 giorni dal ricevimento e redige una relazione istruttoria contenente la proposta di autorizzazione alla competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri ovvero di preavviso di diniego. Non si applicano gli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il Ministero dello sviluppo economico può richiedere chiarimenti o integrazioni della domanda al richiedente e, in tal caso, la richiesta interrompe il termine di cui al primo periodo, che inizia a decorrere nuovamente dalla ricezione degli elementi richiesti o dalla scadenza del termine assegnato per la risposta. La mancata trasmissione dei chiarimenti e delle integrazioni da parte del richiedente, nel termine indicato, comporta il rigetto della domanda. Per tutti i progetti che presentano concreti ed effettivi profili di innovazione tecnologica, i cui risultati attesi comportano positivi impatti sulla qualità dell'ambiente o della vita e che presentano concrete probabilità di successo, la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri, d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico, autorizza la sperimentazione, fissandone la durata, non superiore ad un anno e prorogabile una sola volta, stabilendone le modalità di svolgimento e imponendo le prescrizioni ritenute necessarie per mitigare i rischi ad essa connessi, dando comunicazione delle proprie determinazioni, anche ove ostative all'accoglimento della domanda, al richiedente. L'autorizzazione sostituisce ad ogni effetto tutti gli atti di assenso, permessi, autorizzazioni, nulla osta, comunque denominati, di competenza di altre amministrazioni statali. Ove l'esercizio dell'attività oggetto di sperimentazione sia soggetta anche a pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni o altri atti di assenso, comunque denominati, di competenza di altre amministrazioni la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri procede, d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico, ai sensi degli articoli 14, 14-bis, 14-ter, 14-quater e 14-quinquies, della legge 7 agosto 1990, n. 241, con il dimezzamento dei termini ivi previsti.

« 3. Con l'autorizzazione di cui al comma 2 non può essere disposta in nessun caso la deroga di disposizioni a tutela della salute, dell'ambiente, dei beni culturali e paesaggistici ovvero di disposizioni penali o del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di

*cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, né possono essere violati o elusi vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea o da obblighi internazionali.*

*« 4. La struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale, d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico, vigila sulla sperimentazione autorizzata e verifica il rispetto delle prescrizioni imposte, l'avanzamento dell'iniziativa, i risultati conseguiti e gli impatti sulla qualità dell'ambiente e della vita. In caso di violazione delle prescrizioni imposte, diffida l'impresa richiedente ad adeguarsi alle prescrizioni e a rimuovere ogni eventuale conseguenza derivante dalla violazione, assegnando all'uopo un congruo termine, comunque non inferiore a quindici giorni. In caso di inottemperanza alla diffida, la struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale dispone, d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico, la revoca dell'autorizzazione.*

*« 5. Al termine della sperimentazione, l'impresa richiedente trasmette alla struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale e al Ministero dello sviluppo economico una documentata relazione con la quale illustra i risultati del monitoraggio e della sperimentazione, nonché i benefici economici e sociali conseguiti. La struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per la trasformazione digitale, sulla base degli accertamenti svolti durante la sperimentazione e a conclusione della stessa, valutato il contenuto della relazione di cui al precedente periodo, attesta se l'iniziativa promossa dall'impresa richiedente si è conclusa positivamente ed esprime un parere al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro competente per materia sulla opportunità di modifica delle disposizioni di legge o di regolamento che disciplinano l'attività oggetto di sperimentazione.*

*« 6. Entro novanta giorni dalla data dell'attestazione positiva di cui al comma 5, il Presidente del Consiglio dei ministri, o il Ministro delegato, di concerto con il Ministro competente per materia, promuove le iniziative normative e regolamentari eventualmente necessarie per disciplinare l'esercizio dell'attività oggetto di sperimentazione.*

*« 7. L'impresa richiedente è in via esclusiva responsabile dei danni cagionati a terzi in dipendenza dallo svolgimento della sperimentazione. Il rilascio dell'autorizzazione di cui al comma 2 non esclude o attenua la responsabilità dell'impresa richiedente.*

*« 8. Il presente articolo non si applica alle attività che possono essere sperimentate ai sensi dell'articolo 36 del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58. In ogni caso, con l'autorizzazione di cui al presente articolo non*

*può essere disposta la sperimentazione in materia di raccolta del risparmio, credito, finanza, moneta, moneta elettronica, sistema dei pagamenti, assicurazioni e di ogni altro servizio finanziario oggetto di autorizzazione ai sensi di disposizioni dell'Unione europea o di disposizioni nazionali che danno attuazione a disposizioni dell'Unione europea, nonché in materia di sicurezza nazionale. È altresì esclusa l'autorizzazione alla sperimentazione di cui al presente articolo in materia anagrafica, di stato civile, di carta d'identità elettronica, elettorale e referendaria, nonché con riguardo ai procedimenti di competenza delle autorità provinciali di pubblica sicurezza relativi a pubbliche manifestazioni, misure di prevenzione personali e patrimoniali, autorizzazioni e altri provvedimenti a contenuto abilitativo, soggiorno, espulsione e allontanamento dal territorio nazionale degli stranieri e dei cittadini dell'Unione europea, o comunque di ogni altro procedimento a carattere preventivo in materia di pubblica sicurezza, e ai provvedimenti e alle comunicazioni ad essi connessi.*

*« 9. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. La competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente».*

Ricordando che la rubrica sostiene e si tratta di «*Misure di semplificazione amministrativa per l'innovazione*» e che quanto statuito dovrebbe servire a «... *favorire la trasformazione digitale della pubblica amministrazione, nonché lo sviluppo, la diffusione e l'impiego delle tecnologie emergenti e di iniziative ad alto valore tecnologico*» (così l'incipit del co. 1), mi sembra lecita una domanda: «... *ma se questa è una misura di semplificazione, cos'è una misura di complicazione?*». Per rispondere, si analizzino – uno per uno e con cura – i passaggi tra privati e P.A. (... e viceversa) o tra P.A. e P.A.; nonché le fasi e le sotto-fasi della procedura descritta; le autorità, gli organi e le strutture coinvolte; il linguaggio adoperato; la previsione di limiti, esclusioni, eccezioni, controlli, attività di vigilanza, termini, interruzione di termini, relazioni ecc. ...

**5b.** - Quanto al preannunciato esempio di nota a un comma di un articolo della l. n. 241/1990 (art. 19, comma 3) e quindi di uno strumento che dovrebbe agevolare il lettore e l'interprete nell'esaminare un testo normativo, si legga, tutto d'un fiato, quanto segue:

NOTA: *Comma così modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b-bis), del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164e,*

*successivamente, così sostituito dall'art. 6, comma 1, lett. a), della l. 7 agosto 2015, n. 124, e, successivamente, così modificato dall'art. 3, comma 1, lett. b), n. 2), del d. lgs. 30 giugno 2016, n. 126; ma v. anche le disposizioni contenute nell'art. 4, comma 1 del medesimo d. lgs. n. 126/2016.*

## **6. Conclusioni.**

A maggiore ragione avendo sentito dagli altri relatori al Convegno che alcune delle innovazioni portate dal d.l. n. 76/2020 cit., così come convertito nella l. n. 120/2020 cit., sono state da loro gradite, non porterò via troppo tempo con le mie conclusioni.

Semplicemente, quanto forse banalmente, trovo che quelle che vengono *spacciate* come misure volte alla semplificazione dell'azione amministrativa ottengono troppo spesso l'effetto specularmente contrario rispetto a quello proclamato, sovente con troppa enfasi.

Ma, d'altra parte, è difficile, anzi impossibile, raggiungere il fine del semplificare un'attività dettando regole astruse e complicate, contenute in leggi talmente «*stratificate*» nel tempo da non avere quasi più nulla a che vedere con il loro testo originario: l'odierna l. n. 241/1990 ... non è la l. n. 241/1990. Non varrebbe la pena prenderne atto, essendo capaci di dare uno sguardo d'insieme a ciò che è stato fatto in trent'anni, e provvedere diversamente da come s'è ritenuto di fare fino ad ora?

E non si potrebbe cominciare a prendere definitivamente atto di quella che, a mio avviso, rimane la regola base di qualunque azione volta al semplificare?

Ogni struttura, ogni organo, così come ogni riga di legge o di regolamento creati *ex novo* per essere aggiunti, o comunque immessi, nell'ordinamento, senza che a ciò quantomeno corrisponda il contestuale venire meno di *due* strutture o di *due* organi o di *due* righe, se è certo che non semplificano mai, possono invece complicare.

Si semplifica eliminando, mai aggiungendo.

## 7. Bibliografia.

AA.VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2005;

AA.VV., *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, voll. 1 e 2, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2000 e 2005;

AA.VV., *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Giappichelli, Torino, 2001;

AV.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna - Villa Monastero 17-19 settembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016;

AV.VV., *Contributi in tema di semplificazione normativa e amministrativa*, a cura di JOERG LUTHER e PIERA MARIA VIPIANA, Polis WorkingPapers, n. 208, December 2013;

AA.VV., *La semplificazione amministrativa*, a cura di L. VANDELLI e G. GARDINI, Rimini, Maggioli, 1999;

AA.VV., *La semplificazione amministrativa nel decreto del fare*, a cura di F. CARINGELLA - D. GIANNI - L. TARANTINO, Dike Giuridica ed., Milano, 2013;

AA.VV., *La semplificazione nelle leggi e nell'azione amministrativa. Una nuova stagione*, Quaderni dello Spisa, a cura di G. SCIULLO, BononiaUniversity Press, Bologna, 2008;

AA.VV., *La semplificazione tra Stato, regioni e autonomie locali. Il caso della legge 241*, Quaderni del Formez, n. 50, Roma, 2006;

AA.VV., *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Quaderni di Astrid, a cura di A. NATALINI e G. TIBERI, Il Mulino, Bologna, 2010;

AA.VV., *Legislazione in materia di documentazione e semplificazione amministrativa*, 2<sup>a</sup> ed., Simone, Napoli, 2015;

AA.VV., *Semplificazione e trasparenza. Lo stato di attuazione della Legge n. 241 del 1990*, a cura di M.L. D'AUTILIA e N. ZAMARO, E.S.I., Napoli, 2005;

AA.VV., *Silenzio-assenso semplificazione competitiva e D.I.A.*, Giuffrè, Milano, 2006;

M. AGNOLI, *La semplificazione delle procedure amministrative*, in *L'amministrazione italiana* n. 3/2007;

S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitiva del «sistema Italia»*, Giuffrè, Milano, 2006;

S. AMOROSINO, *Lo stallo della semplificazione amministrativa: fattori critici e ipotesi di rilancio*, in *Foro amm.-T.A.R.* 2004, pp. 1887 ss.;

F. BASSANINI, *Considerazioni sulla attuale riforma per la semplificazione amministrativa. Critiche e riflessioni*, in *Nuova rass. di legislazione dottrina e giurisprudenza* n. 8/2006, pp. 1095 e ss.

S. BATTINI, *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, in *Giorn. di dir. amm.* n. 4/2004, pp. 450 e ss.;

T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2008, pp. 173 ss.;

L. CARBONE, *Semplificazione dell'azione amministrativa nell'attuazione della l. n. 59/1997*, Il Mulino, Bologna, 1998;

M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in *Dir. pubbl.* 2000, pp. 385 ss.;

S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n.3/1998, pp. 699 ss.;

S. CASSESE – G. GALLI, *L'Italia da semplificare*, Il Mulino, Bologna, 1998;

V. CERULLI IRELLI – F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.* nn. 3-4/2000, pp. 617 ss.;

R. CHIEPPA, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, pp. 257 ss.;

M. CIRCI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi(2001- 2002)*, in *Giorn. di dir. amm.* n. 8/2002, pp. 837 ss.;

M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 3/1998, pp. 679 ss.;

S. D'ANTONIO, *Rassegna della giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove Autonomienn.* 3-4/2008;

C. DEODATO, *I limiti della semplificazione amministrativa. Un'idea liberale di revisione delle funzioni pubbliche*, in *GiustAmm.it* n. 5/2017;

F. DI LASCIO, *Le semplificazioni amministrative e le misure di riduzione degli oneri*, in *Giorn. dir. amm.* n. 3/2012, pp. 242 ss.;

R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Jovene, Napoli, 2001, pp. 647 ss.;

G.F. FERRARI, *La semplificazione amministrativa negli ordinamenti anglo-americani: recenti tendenze*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.* n. 1/2006, pp. 313 ss.;

G.F. FERRARI, *Semplificazione e consenso nell'azione amministrativa: esperienze a confronto. Introduzione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.* n. 1/2006, pp. 287 ss.;

G. GARANCINI, *Semplificazione delle procedure e rispetto delle regole*, in *Iustitia* n. 4/2007, pp. 359 ss.;

R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it) 2010;

M. IMMORDINO, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove Autonomienn.* 3-4/2008, pp. 603 ss.;

P. LAZZARA, *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Nuove autonomienn.* 3-4/2008, pp. 475 ss.;

N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in *GiustAmm.it* n. 4/2016;

F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. 1. Profili critici e principi ricostruttivi*, E.S.I., Napoli, 2000;

A. MASUCCI, *Semplificazione amministrativa ed amministrazione digitale. L'avvio del procedimento amministrativo per via telematica*, in *Nuove Autonomienn.* 3-4/2008, pp. 539 ss.;

B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011;

F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *Nuove autonomie* 2008, pp. 335 ss.;

E. MICHETTI, *La semplificazione amministrativa*, CEL, Bergamo, 2003;

F. MIDIRI, *Il principio di efficacia tra imparzialità e buon andamento nella legge di riforma del procedimento amministrativo n.15/2005*, in *Dir. econ.* n. 4/2007, pp. 671 ss.;

R. MORZENTI PELLEGRINI, *Semplificazione amministrativa e nuovo Titolo V della Costituzione*, in *L'amministrazione italiana* n. 4/2004, pp. 496 ss.;

A. NATALINI, *I limiti delle semplificazioni*, in *Le istituzioni del Federalismo* n. 1/2003, pp. 69 ss.;

A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Il Mulino, Bologna 2002;

A. NATALINI, *Le semplificazioni in Italia: alcuni casi*, in *Giorn. di dir. amm.* n. 4/2004, pp. 458 ss.

- A. NATALINI, *La terza semplificazione*, in *Giorn. di dir. amm.* n. 10/2003, pp. 1003 ss.
- C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.* 2014, pp. 355 ss.;
- D. POETA, *La semplificazione amministrativa*, Nuova Giuridica, Matelica (Mc), 2012;
- A. POLICE, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO, Giappichelli, Torino 2005, pp. 49 ss.;
- N. RANGONE, *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, in *Dirittonline.it*, Enc. Treccani 13.5.2010;
- G. RAZZANO, *Le fonti del diritto e il principio di sussidiarietà nel quadro dei più recenti interventi legislativi per la semplificazione*, in *Dir. amm.* nn. 2-3/2001;
- F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove autonomie* nn. 3-4/2008, pp. 447 ss.;
- R. SCARCIGLIA, *La semplificazione amministrativa in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2006, pp. 364 ss.;
- F.G. COCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove Autonomie* n. 3-4/2008, pp. 557 e ss.;
- F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, pp. 96 ss.;
- G. SGUEO, *Gli istituti della semplificazione nell'ordinamento italiano*, in *www.diritto.it*;
- M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-T.A.R.* 2010, pp. 3041 ss.;
- G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione*, E.S.I., Napoli, 2014;
- L. TORCHIA, *Si scrive semplificare, si legge ridurre e rispettare i tempi*, in *Amm. civ.* n. 2/2008;
- L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione*, in *Dir. amm.* 1998, pp. 385 ss.;
- A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *GiustAmm.it* n. 5/2016;
- L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie* 2008, pp. 417 ss.;
- D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it* n. 18/2018;

G. VESPERINI, *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa ?*, Giuffrè, Milano, 2006;

G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 3/1998, pp. 655 ss.;

G. VESPERINI, *Note a margine di una recente ricerca sulla semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie 2010*, pp. 203 ss.;

G. VESPERINI, *Semplificazione amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006;

C. VIDETTA, *Semplificazione amministrativa e interessi sensibili. Una prospettiva di analisi*, in *Dir. econ.* 2013, pp. 557 ss.;

P.M. VIPIANA, *Considerazioni in tema di semplificazione amministrativa procedimentale*, in *AA.VV., Scritti in onore di Franco Bassi*, I, E.S.I., Napoli, 2015, pp. 367 ss.

## L'AMBIENTE: DAL CODICE DI SETTORE ALLA COSTITUZIONE, UN PERCORSO AL CONTRARIO?

*(Riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento della tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile tra i principi fondamentali della costituzione)*

**Eva Leccese\***

**ABSTRACT** [ITA]: Il saggio passa in rassegna i numerosi progetti di legge, presentati nella XVIII legislatura, che mirano a inserire nella Costituzione la tutela dell'ambiente, come diritto fondamentale della persona, e il principio dello sviluppo sostenibile. Le relazioni ai progetti di riforma costituzionale permettono di chiarire che l'ambiente è un diritto autonomo, al pari degli altri diritti fondamentali menzionati nella Costituzione. In realtà, la proposta di riforma non appare necessaria, perché la tutela dell'ambiente è già nel sistema, ma è certamente da accogliere come manifestazione di una mutata, più consapevole, attenzione all'ambiente. In particolare, ci si sofferma sulle nozioni di sostenibilità e di ambiente, e sulla portata innovativa dell'inserimento della protezione degli animali nella Costituzione, che contribuirebbe alla definizione di un sistema completo e perfetto in termini di protezione della vita, non solo umana, ma di tutte le specie viventi. I contenuti delle proposte confermano, infine, la tesi, già sostenuta, del diritto all'ambiente come diritto fondamentale della persona a contenuto non patrimoniale.

**ABSTRACT** [ENG]: *The essay reviews the numerous draft laws, presented in the 18th legislature, that aim to include environmental protection as a fundamental right of the person and the principle of sustainable development in the Constitution. The reports on draft constitutional make it possible to clarify that the environment is an autonomous right, like the other fundamental rights mentioned in the Constitution. In reality, the proposed reform does not appear necessary, because environmental protection is already in the system, but it is certainly to be welcomed as a manifestation of a changed, more conscious, attention to the environment. In particular, the focus is on the sustainability and environment notions, and on the innovative scope of the inclusion of animal protection in the Constitution, which would contribute to the definition of a complete and perfect system in terms of protection of life, not only human, but of all living species. Finally, the contents of the proposals confirm the already supported thesis of the right to the environment as a fundamental right of the person with non-patrimonial content.*

---

\* GIANNINI, 'Ambiente': saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 25 ss.

**SOMMARIO:** **1.** Premessa e posizione dei problemi. – **2.** Sui disegni e sulle proposte di legge: qualche riflessione preliminare. – **3.** I progetti: uno sguardo d'insieme. – **4.** Le riflessioni intorno ai progetti di legge: **a)** sulla sostenibilità; **b)** sulla nozione di ambiente e sulla tutela degli animali; **c)** sull'ambiente come diritto fondamentale.

## 1. Premessa e posizione dei problemi.

L'emergenza sanitaria che stiamo vivendo ha reso palese le storture di un sistema, che ha dato per scontato tanti valori, tra i quali la libertà, la socialità, gli affetti, la salute e la certezza della cura. Abbiamo compreso, avvertendone la necessità, che non è, poi, così ovvio passeggiare, respirare l'aria del mare, correre nei parchi, stare a contatto con la natura, quella stessa natura che avevamo dato per acquisita: l'aria, l'acqua, il mare, l'ambiente in generale.

Le drammatiche giornate trascorse, responsabilmente e consapevolmente chiusi in casa per debellare il *virus*, non possono non richiamare alla mente le altrettanto drammatiche giornate vissute da chi tanti anni fa si è confrontato con l'isolamento da e per diossina: gli abitanti di Seveso (10 luglio 1976), costretti a contingentare le uscite, avvolti nella nube tossica dove si distingueva, nitida e chiara, la sagoma della paura. L'ambiente aggredito, di cui parlava Giannini<sup>1</sup> solo pochi anni prima, oltraggiato per l'ennesima volta, diveniva a sua volta aggressore, trasformandosi in un pericolo per chiunque volesse vivere una dimensione esistenziale normale, qualitativamente accettabile. La riflessione, allora, dedicata ad un tema, l'inserimento della tutela dell'ambiente nella Costituzione, e maturata in una fase storica davvero particolare, non può prescindere dal contesto attuale - nel quale peraltro si stanno esaminando le possibili correlazioni tra l'inquinamento atmosferico e la diffusione del virus responsabile del Covid-19 - perché, ora come allora, è in gioco l'esistenza dell'uomo ed il suo diritto ad una vita dignitosa, in una società, cioè, dove venga riconosciuto il diritto fondamentale, imprescindibile, di ogni uomo alla salute e all'ambiente, che è elemento determinativo della qualità della vita e che definisce complessivamente il sistema delle relazioni umane<sup>2</sup>. Pur in perfetta salute, infatti, la qualità della vita non è più la stessa se si è costretti a difendersi dall'ambiente, perché inquinato dalla diossina, contaminato da veleni, infetto dal *virus*.

<sup>1</sup> GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, n. 3, p. 10: «l'ambiente è divenuto un punto di riferimento, nelle società contemporanee, per il riconoscimento e la garanzia dei diritti (i diritti della persona sono strettamente connessi con la qualità dell'ambiente, che ne costituisce il presupposto indispensabile per il loro esercizio)».

<sup>2</sup> Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, in *Foro it.*, 1988, I, c. 346.

Quel ricordo, di una realtà non vissuta ma conosciuta attraverso la lettura e la rielaborazione dei documenti ufficiali, è rimasto impresso nella mente e solidamente ancorato ad un'idea sempre più nitida, sempre più chiara, dell'ambiente come diritto fondamentale di ogni uomo e di ogni essere vivente, idea e concetto cui ha dato voce la Corte costituzionale nel 1987<sup>3</sup>: l'ambiente è «diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività» e il danno ambientale è il «pregiudizio arrecato da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente». La sensibilità ambientale del giurista è profondamente mutata rispetto all'epoca in cui scriveva Giannini<sup>4</sup> ed è cambiata rapidamente, anche nel giro di pochissimi anni, quasi parallelamente al mutare delle condizioni climatiche. Il “problema ambiente” è divenuto, drammaticamente, una questione esistenziale da risolvere, non solo per garantire alle generazioni future un pianeta vivibile e risorse naturali ancora fruibili, ma per l'esistenza stessa dell'uomo, ora, qui e adesso.

La città di Taranto con lo stabilimento Ilva, la Terra dei Fuochi con i rifiuti tossici, l'isola (dei rifiuti) di plastica nell'Oceano Pacifico<sup>5</sup>, appartengono alla nostra quotidianità molto più di quanto ne faccia parte la tranquillità e la salubrità dei luoghi del Parco nazionale d'Abruzzo, di cui parlava la Corte dei conti tanti anni fa<sup>6</sup>. La drammaticità dei fatti e la reazione dell'ambiente all'aggressione dell'uomo, in termini di danno alla salute, fanno disperdere nella drammaticità del contingente l'identità del diritto all'ambiente in quanto tale, non declinato nell'ambito della salute.

Le toccanti parole di Papa Francesco nella enciclica *Laudato si'*<sup>7</sup> risuonano nella coscienza, anche laica, di ognuno di noi<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Oramai molti anni fa GIANNINI, *'Ambiente': saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, cit., p. 15 ss., nel porre in luce la (allora) scarsa attenzione dei politici alle tematiche ambientali e la non sviluppata sensibilità della giurisprudenza, evidenziava come una preoccupata attenzione alla salute del nostro pianeta caratterizzasse, invece, biologi, urbanisti e ambientalisti dai quali provenivano allarmanti indicazioni. Scrive GIANNINI, *op. cit.*, p. 16: «negativo [...] l'atteggiamento del magistrato penale, investito di denunce anche da parte di comuni; sino agli anni Sessanta inoltrati per i reati di inquinamento e urbanistici non si procedeva».

<sup>4</sup> La *Great Pacific Garbage Patch*, che galleggia nella zona dell'Oceano Pacifico tra California e Arcipelago hawaiano, è la più grande chiazza di rifiuti del pianeta.

<sup>5</sup> Corte conti, sez. I, 18 settembre 1980, n. 86, in *Foro it.*, 1981, III, c. 179.

<sup>6</sup> «Questa sorella protesta per il male che le provochiamo [...]. Siamo cresciuti pensando che eravamo suoi proprietari e dominatori, autorizzati a saccheggiarla»; ancora, «la sfida urgente di proteggere la nostra casa comune comprende la preoccupazione di unire tutta la famiglia umana nella ricerca di uno sviluppo sostenibile e integrale, poiché sappiamo che le cose possono cambiare»: *Lettera enciclica Laudato Si' del Santo Padre Francesco sulla cura della Casa Comune*, 24 maggio 2015, rispettivamente a §§ 2 e 13.

<sup>7</sup> «Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo»: *Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo* (adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948), *Preambolo*.

L'idea di universalità, di casa comune, per noi e per le generazioni future, è una realtà concreta che appartiene ad ogni uomo, ad ogni coscienza, laica o cattolica: tale realtà, spoglia, se si vuole, di ogni trascendenza (la creazione è la natura, è l'uomo e gli altri esseri viventi, è tutto ciò che esiste, anche le pietre)<sup>9</sup>, pone l'uomo di fronte all'ambiente nel quale vive, al quale appartiene e che gli appartiene, ma "responsabilmente", poiché appartiene anche alle generazioni future.

Sul fronte laico, deve, poi, segnalarsi la nota del Miur del 7 novembre 2019, n. 33521, sull'offerta formativa universitaria, che invita gli Atenei a riservare un adeguato numero di crediti formativi sui temi della sostenibilità e salvaguardia ambientale. Muta, con il cambiare della coscienza sociale, dunque, anche l'approccio del legislatore, attento non solo alla tutela ambientale, ma alla formazione di coscienze ambientali.

Gli anni che hanno fatto la storia del diritto all'ambiente<sup>10</sup> sono stati segnati da tappe fondamentali, sin troppo note per doverle ripercorrere nel dettaglio; momento fondamentale è la legge 349/1986 (Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale), che ha dato inizio ad un *iter* normativo confluito nel Codice ambientale e nelle successive modifiche alle quali si deve l'assetto attuale, frutto del dialogo tra legislatore comunitario e nazionale; parallelamente la giurisprudenza (costituzionale, civile, amministrativa, penale, comunitaria ed europea)<sup>11</sup> ha messo a fuoco principi e valori che hanno integrato il sistema, facendo assurgere, anche formalmente, l'ambiente a valore primario (e facendo, dunque, emergere ciò che il sistema normativo già conteneva). Tuttavia, lo sviluppo

<sup>8</sup> MADDALENA, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 24 ottobre 2019, sottolinea come le parole di Papa Francesco confermino il principio biocentrico: «non si tratta più di un rapporto tra 'soggetto' e 'oggetto', ma di un 'rapporto' tra la 'parte' e il 'tutto', tra l'uomo e la 'biosfera'».

<sup>9</sup> Il primo fatto di rilievo, pone in luce GIANNINI, *'Ambiente': saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, cit., p. 16, è stata la cosiddetta Commissione Franceschini (*Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*), che si fece con la legge 26 aprile 1964, n. 310. I risultati furono resi pubblici nel 1967 con una relazione («Per la salvezza dei beni culturali in Italia», *Atti e documenti della Commissione d'indagine per la tutela e a valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, Roma, 1967, voll. 3).

<sup>10</sup> Nella riflessione dottrinale sul rapporto tra giudici e legislatore (Lorenzetti, *Tecnica normativa e ambiente nel dialogo fra giudici e legislatore*, in *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Atti del seminario di Novara, 15-16 novembre 2013, a cura di Cavino e Conte, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 275 ss.) si indica il diritto all'ambiente quale «ambito paradigmatico dell'atteggiamento del rapporto tra giudici e legislatore» (p. 275) e si nota che il ruolo sempre più imponente degli interpreti è dovuto sia al fatto che l'ambiente si è emancipato dal dato normativo, divenendo principio costituzionale, sia al ruolo propulsivo della Corte di Giustizia nello sviluppo normativo (pp. 289-290).

<sup>11</sup> LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 278-279, nel segnalare la scarsa qualità della normazione, «che affligge cronicamente il diritto ambientale», afferma: «spesso le norme che compongono il diritto ambientale non sono state introdotte nel rispetto delle regole costituzionali, legislative o regolamentari sulla produzione: infatti, anche in questo settore, si assiste ad un allontanamento dai modelli previsti in Costituzione, ad un abbandono progressivo della legge parlamentare che porta con sé la marginalizzazione del Parlamento e un incremento numerico e sostanziale degli atti governativi (decreto legge e decreto legislativo) e di quelli atipici».

dell'ordinamento ambientale è alquanto problematico, poiché presenta i caratteri di un sistema complesso e stratificato, risultato di norme di ordinamenti diversi e prodotte da una pluralità disordinata di fonti<sup>12</sup>, al punto da delineare un sistema «multilivello di incerta e confusa applicazione»<sup>13</sup>. Il livello interno – si afferma – mostra una criticità di fondo, rappresentata «dall'incertezza dei confini tracciati dall'art. 117» della Costituzione<sup>14</sup>; risulta, inoltre, caratterizzato da una frammentazione di discipline complesse e, talora, sordinate nonché da una pluralità di fonti, che si riflettono in regolamentazioni frammentate e ad elevato contenuto tecnico. Né, sotto questo profilo, un progresso è segnato dal Codice dell'ambiente, che si allontanerebbe da un modello di vera e propria codificazione per carenze strutturali<sup>15</sup>, disomogeneità delle fonti e problemi di impostazione<sup>16</sup>.

In questo contesto, nessun legislatore ha mai formalizzato, in una norma che ne sancisse la natura di diritto fondamentale, la tutela ambientale in Costituzione o, meglio, tra i principi fondamentali, ed il termine ambiente è entrato a far parte del lessico costituzionale solo nel 2001, con la riforma del titolo V.

Proposte in tal senso sono state formulate nelle legislature passate, ma la XVIII appare particolarmente ricca di disegni e proposte, esplicitazione della mutata sensibilità di cui si è detto, della necessità, dunque, di porre un argine al fluire della degradazione ambientale, che ha caratterizzato, in maniera esponenziale, gli stessi anni che hanno visto nascere le iniziative legislative più importanti in materia ambientale. Il sistema produttivo ha agito, quasi *legibus solutus*, e la “società civile” ne ha seguito talora il passo, con un consumo sfrenato di beni ad elevatissimo impatto ambientale, pagandone poi drammaticamente le conseguenze. Può sembrare un caso, ma nulla è a caso, e la notizia di uno dei più recenti progetti di inserimento della tutela ambientale in Costituzione, risalente alla fine del 2019, è stata pubblicata<sup>17</sup> proprio nei giorni in cui le pagine di quasi tutti i quotidiani erano

<sup>12</sup> Così, testualmente, LORENZETTI, *op. cit.*, p. 276.

<sup>13</sup> LORENZETTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>14</sup> Quali, ad es., una sezione sui principi generali: LORENZETTI, *op. cit.*, p. 281 ss.

<sup>15</sup> Il Codice dell'ambiente, osserva LORENZETTI, *op. cit.*, p. 287, «risulta incentrato più sulle procedure e su aspetti tecnico-burocratici che non su obiettivi programmatori e di breve periodo».

<sup>16</sup> *Ansa*, 29 novembre 2019, Dichiarazione del Ministro Costa, 2 ottobre 2019.

<sup>17</sup> V., tra i tanti, *ilsole24ore.com*, 20 novembre 2019; *repubblica.it*, 11 novembre 2019; *ilpost.it*, 11 novembre 2019. La vicenda è nota e riguarda la comunicazione della volontà di recesso di Acelor Mittal, resa nota il 4 novembre 2019, dovuta anche al caducarsi del c.d. “scudo penale”, per effetto della mancata proroga del termine per l'efficacia dell'esimente (per gli illeciti amministrativi e penali eventualmente commessi nella gestione dell'impianto), originariamente prevista dall'art. 2, 6° co., d.l. 5 gennaio 2015, n. 1. Alla comunicazione ha fatto seguito il ricorso d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, a iniziativa dei commissari straordinari, di cui il Governo ha dato notizia con la nota del Presidente 13315 del 15 novembre 2019; la Procura di Milano, con un Comunicato stampa di pari data ha reso noto di aver «deciso di esercitare il diritto-dovere di intervento, previsto dall'ultimo comma dell'art. 70 c.p.c., nella causa di rescissione del contratto di affitto d'azienda promosso dalla società Arcelor Mittal Italia contro l'amministrazione Straordinaria dell'Ilva», avendo ravvisato «un preminente

occupate dalla discussione sull'opportunità di reintrodurre il c.d. «scudo penale» per l'Ilva<sup>18</sup>. Il collegamento tra le due notizie è evidente e il legame è inscindibile: l'ambiente non tutelato impone ora scelte o, meglio, decisioni improrogabili, non solo per finalità di protezione (troppo tardi) ma per l'impossibilità di continuare a vivere e lavorare in quei luoghi.

Sui giornali, dunque, il paradosso dell'uomo che afferma il suo diritto alla vita e all'ambiente, che della qualità della prima è elemento determinativo, e che deve compiere, nello stesso tempo, la scelta drammatica tra la vita e il lavoro, scelta, quest'ultima, di fronte alla quale nessun uomo dovrebbe mai trovarsi<sup>19</sup>. Tanti, come si è detto, i progetti di revisione costituzionale presentati nell'ultimo biennio, tutti finalizzati a porre formalmente la tutela ambientale tra i principi fondamentali della Costituzione. Una prima riflessione al riguardo porta a interrogarsi sulle ragioni e sulla necessità/opportunità di tale espressa previsione, in presenza dell'art. 2 della Costituzione e della giurisprudenza, che da sempre afferma il valore puramente ricognitivo della normativa ambientale. La risposta, forse scontata, si trova proprio nelle relazioni ai progetti di modifica costituzionale: affermare in maniera chiara e inequivocabile che l'ambiente è un diritto in sé (oltre che valore), come il diritto al lavoro, separato dalla salute, e che ha autonoma dignità e previsione al pari degli altri diritti fondamentali menzionati dalla Costituzione<sup>20</sup>.

---

interesse pubblico relativo alla difesa dei livelli occupazionali, alle necessità economico-produttive del Paese, agli obblighi del processo di risanamento ambientale». La complessa vicenda giudiziaria e l'iter percorso dalla normativa dinanzi al Giudice delle Leggi non può essere ripercorso in questa sede; si segnala, però, la severità delle parole con le quali la Corte europea diritti dell'uomo (Corte eur. dir. uomo, sez. I, 24 gennaio 2019, n. 54414/13, in *Amb. svil.*, 2019, 4, p. 263 e in *Giur. it.*, 2019, 10, p. 2228), pronunciandosi sul caso ha espresso le proprie valutazioni: «il governo è intervenuto più volte con misure urgenti (i decreti legge “salva-Ilva”) [...] allo scopo di garantire la continuazione dell'attività di produzione dell'acciaieria, e questo nonostante la constatazione da parte delle autorità giudiziarie competenti, fondata su perizie chimiche ed epidemiologiche, dell'esistenza di gravi rischi per la salute e per l'ambiente [...]. Per di più, è stata riconosciuta l'immunità amministrativa e penale alle persone incaricate di garantire il rispetto delle prescrizioni in materia ambientale, ossia l'amministratore straordinario e il futuro acquirente della società» (così, al punto 169). Prosegue la Corte: «Il fatto è che la gestione da parte delle autorità nazionali delle questioni ambientali riguardanti l'attività di produzione della società Ilva di Taranto è tuttora in una fase di stallo (punto 171). La Corte 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, la quale rimane, allo stato attuale, priva di informazioni sull'attuazione del risanamento del territorio interessato, in particolare per quanto riguarda i ritardi nell'esecuzione dei relativi lavori».

<sup>18</sup> Un inquinamento ambientale «dannoso se non letale per la salute umana non è giustificabile anche se aumenta il profitto (o persino il numero dei lavoratori) di un'impresa»: P. PERLINGIERI e P. FEMIA, in P. PERLINGIERI et al., *Manuale di diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 2018, p. 17. Sul punto v. anche S.G. SIMONE, *Il danno ambientale: tutela giuridica e diritto vivente (cronaca di un convegno)*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2019, p. 97 ss.

<sup>19</sup> In tal senso i rilievi di D'AMICO, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 14 novembre 2019, che sottolinea come tutte le proposte operino «una scelta di campo chiara, sganciando la tutela dell'ambiente dall'art. 32 Cost. [...]». Un ambiente, pertanto, [...] che dimostra la sua autonomia concettuale nel disegno costituzionale».

<sup>20</sup> LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, 2011.

## 2. Sui disegni e sulle proposte di legge: qualche riflessione preliminare.

È con il compiacimento e la soddisfazione di chi trova in altri la condivisione delle proprie idee che si leggono le relazioni ai disegni e alle proposte di legge, soddisfazione ed autocompiacimento dovuti al fatto di ritrovare in questi documenti concetti e termini, motivazioni e argomentazioni che diversi anni fa inducevano chi scrive all'affermazione del diritto all'ambiente come diritto fondamentale della persona<sup>21</sup>, situazione soggettiva da tutelare anche in fase risarcitoria con gli strumenti tipici della tutela risarcitoria dei diritti fondamentali della persona<sup>22</sup>.

Ugualmente, si sosteneva, pur nel prevalere delle opinioni contrarie, il danno all'ambiente è *anche* danno alla persona: danno complesso come complesso è il bene<sup>23</sup>.

È vero che il termine ambiente compare per la prima volta in Costituzione nel 2001 con l'art. 117, ma la sua tutela è insita nel sistema; l'ambiente è un valore, «un presupposto di tutti gli altri diritti»<sup>24</sup>, come ha più volte affermato la Corte

<sup>21</sup> «L'ingiusta lesione dei diritti fondamentali della persona, oggetto di protezione secondo il sistema costituzionale e internazionale, è atta a generare l'obbligo di risarcire il danno non patrimoniale»: Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 994 ss.

<sup>22</sup> Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2006, n. 33887, in *CED*: «Quando poi il danno ha natura ambientale, il profilo della liquidazione non può non riflettere il carattere indubbiamente complesso del “bene ambiente”, in relazione al quale - com'è noto - si configurano interessi individuali, interessi collettivi e interessi pubblici».

<sup>23</sup> Così, GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 7. L'ambiente è un valore, si afferma (ALPA, *La natura giuridica del danno ambientale*, in *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1991, p. 93 e p. 105; POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*”, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, I, p. 45), attributo fondamentale di ogni persona umana; al pari della dignità umana può essere considerato un valore costituzionale (CARAVITA *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, p. 28).

<sup>24</sup> La giurisprudenza costituzionale ripete, con formula oramai stereotipa, che l'ambiente è un “valore trasversale” di natura primaria (Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 49, in *Urb. app.*, 2006, p. 409). L'affermazione, talora riproposta nella formula del rinvio ad altra pronuncia (Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182, in *Giur. it.*, 2008, p. 41, che espressamente rinvia a Corte cost., 31 maggio 2005, n. 214, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1990, e a Corte cost., 22 luglio 2004, n. 259, in *Urb. app.*, 2004, p. 1281; Corte cost., 31 marzo 2006, n. 133, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1076, che espressamente rinvia a Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, in *Giur. it.*, 2003, p. 417, e a Corte cost., 18 marzo 2005, n. 108, in *Urb. app.*, 2005, p. 535; Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 49, cit., che richiama la sentenza 196/2004), è tesa a prospettare l'ambiente come «fondamentale valore costituzionale» (Corte cost., 24 marzo 2005, n. 135, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1990), la cui tutela «più che una “materia” in senso stretto, rappresenta un compito nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare standard di protezione uniformi» (Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182, cit.; Corte cost., 16 giugno 2005, n. 232, in *Urb. app.*, 2005, p. 917; Corte cost., 31 maggio 2005, n. 214, cit.; Corte cost., 18 marzo 2005, n. 108, cit.; Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1369). Si afferma, così, che l'ambiente si configura quale «“valore” costituzionalmente protetto che delinea una sorta di materia “trasversale”, idonea a investire e intrecciarsi con competenze diverse» (v., da ultimo, Corte cost., 17 gennaio 2019, n. 7, in *cortecostituzionale.it*, che ripropone la formula delle storiche e più datate pronunce: Corte cost., 31 maggio 2005, n. 214, cit.; Corte cost., 24 marzo 2005, n. 135, cit.; Corte cost., 18 marzo 2005, n. 108, cit.; Corte cost., 22 luglio 2004, n. 259, cit.; Corte cost., 24 giugno 2003, n. 222, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2212 ss.); si tratta di un valore primario, come tale «insuscettibile di subordinazione a ogni altro valore costituzionalmente tutelato, *ivi* compresi quelli economici» (Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, cit.).

costituzionale<sup>25</sup>, e la giurisprudenza, con formula oramai stereotipa e in ossequio a una consolidata tradizione che riconduce al sistema costituzionale dei valori fondamentali la tutela dell'ambiente, ripropone la valenza puramente ricognitiva della legislazione ambientale<sup>26</sup>.

Le prime affermazioni sul valore ricognitivo avevano come punto di riferimento un sistema non ancora comprensivo della attuale legislazione ambientale; il nostro ordinamento, oggi, mostra con chiarezza un impianto normativo dove i principi della tutela ambientale informano ogni attività umana giuridicamente rilevante, e ciò in conformità ai principi sovranazionali<sup>27</sup>. Il quadro di riferimento entro il quale la Corte costituzionale collocava il valore puramente ricognitivo della legislazione a tutela dell'ambiente, indicando la "fonte genetica" negli artt. 9 e 32 della Costituzione, si arricchisce oggi delle norme del Trattato, della normativa nazionale attuativa di quei principi, in *primis* il Codice ambientale che ha come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualità della vita umana (art. 2, comma 1).

La Corte costituzionale nel 1987 definiva l'ambiente «come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività»<sup>28</sup>. Ideologicamente sulla

<sup>25</sup> Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., c. 346: "Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione"; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro it.*, 1988, I, c. 694 ss.; per la giurisprudenza di legittimità, v. Cass., 19 giugno 1996, n. 5650, in *Riv. giur. amb.*, 1997, p. 679: «La tutela dell'ambiente come bene giuridico non trova la sua fonte genetica nell'art. 18, legge 8 luglio 1986, n. 349 ma direttamente nella Costituzione, attraverso il combinato disposto degli artt. 2, 3, 9, 41 e 42, tramite il collegamento all'art. 2043 c.c.»; Cass., 3 febbraio 1998, n. 1087, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1153., c. 1153. La posizione viene ribadita anche in relazione all'art. 311 del Codice dell'ambiente, norma che ha "sostituito" l'art. 18: v. Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2007, n. 16575, in *Danno resp.*, 2008, p. 406.

<sup>26</sup> Con riferimento al principio dello sviluppo sostenibile, PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, p. 9, afferma: «in realtà, l'integrazione tra principi normativi di fonte sovranazionale e diritto interno, che si desume dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., apre il varco alla penetrazione di quei principi non soltanto nella sfera del potere pubblico, ma anche nel tessuto dell'autonomia privata».

<sup>27</sup> Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., c. 346.

<sup>28</sup> Corte eur. dir. uomo, sez. II, 10 gennaio 2012, n. 30765, in *Foro it.*, 2013, 5, 4, c. 205 ss. La Corte ha ritenuto che la costrizione a vivere in un ambiente inquinato dai rifiuti, quale è stata quella dei cittadini della regione Campania, che hanno vissuto, per mesi, in un ambiente inquinato dai rifiuti abbandonati per le strade, abbia potuto portare ad un deterioramento della qualità della loro vita, con conseguente nocimento del loro diritto al rispetto della vita privata e del domicilio; ha ricondotto, altresì, la questione dell'ambiente inquinato dalla cattiva gestione del servizio di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti, sollevata da cittadini risiedenti nelle zone interessate dalla drammatica vicenda in Campania, sul piano normativo della violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 della Convenzione, ed in tale ambito ha ricondotto l'obbligo positivo, gravante sullo Stato, «di adottare delle misure ragionevoli ed idonee in grado di proteggere i diritti delle persone interessate al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio e, in genere, al godimento di un ambiente sano e protetto». La Corte ha riconosciuto sussistente, in tale ipotesi, il danno morale, di cui si era chiesta la riparazione per ogni ricorrente, sebbene abbia stimato sufficiente ad integrare la riparazione la mera constatazione della violazione, negando, dunque, la somma richiesta a titolo di riparazione: il che appare un indubbio riconoscimento dell'esistenza di un danno all'ambiente come danno alla persona in sé, con la conseguente possibilità risarcitoria, e ciò a prescindere dalla sua quantificazione.

stessa direttrice della tutela della persona umana in tutte le sue estrinsecazioni si colloca, venticinque anni dopo, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ricondotto «il godimento di un ambiente sano e protetto» all'ambito della previsione volta a tutelare il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 della Convenzione)<sup>29</sup>.

Queste affermazioni di principio, che cristallizzano nel nostro ordinamento giuridico l'ambiente come diritto fondamentale della persona ed elemento determinativo delle qualità della vita, fatte a distanza l'una dall'altra di un quarto di secolo, sono alla base dei disegni e delle proposte di legge e ne argomentano le relazioni.

### 3.I progetti: uno sguardo d'insieme.

La XVIII Legislatura appare particolarmente ricca di idee, confluite in numerosi disegni e proposte di legge<sup>30</sup>. La struttura portante di tutti i progetti è l'inserimento nella Carta costituzionale di norme che formalizzino la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale della persona e recepiscano il principio dello sviluppo sostenibile.

Il perimetro entro il quale si muovono le riforme è delineato dagli artt. 2 e 9 della Costituzione; l'area interessata si estende, talora, anche gli artt. 41 e 44.

Così, nel disegno S.1632/2019, presentato il 2 dicembre 2019<sup>31</sup>, il concetto di sostenibilità è declinato non solo con riferimento alla «tutela delle condizioni ambientali dall'impatto dell'attività umana», ma con precipuo riguardo *anche*

<sup>29</sup> Si è scelto di seguire, nell'esposizione, l'ordine cronologico, rinviando una riflessione complessiva al paragrafo successivo. L'aggiornamento sullo stato dei lavori è al 31 agosto 2020.

<sup>30</sup> S.1632 -18ª Legislatura Sen. Emma Bonino (Misto, Più Europa con Emma Bonino). *Modifiche agli articoli 2 e 9 della Costituzione in materia di equità generazionale, sviluppo sostenibile e tutela dell'ambiente*. 2 dicembre 2019: Presentato al Senato - 11 febbraio 2020: In corso di esame in commissione. Questo il testo: *Art. 1. - (Modifica dell'articolo 2 della Costituzione)* 1. All'articolo 2 della Costituzione sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, anche nei confronti delle generazioni future. Promuove le condizioni per uno sviluppo sostenibile». *Art. 2. - (Modifica dell'articolo 9 della Costituzione)* 1. All'articolo 9 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Riconosce e garantisce la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale». Come si legge nella *Relazione*, p. 2 (Relatore alla commissione Sen. Alessandra Maiorino), il «disegno di legge costituzionale "Figli costituenti", [...] è stato avviato nella forma dell'iniziativa legislativa popolare [...] che è oggi presentata direttamente in Parlamento, nella speranza che prenda tempestivamente avvio la discussione, più volte e da più parti annunciata, sulla costituzionalizzazione del principio di sostenibilità».

<sup>31</sup> Così, testualmente, la *Relazione*, ove (p. 2) si afferma anche: «L'attenzione allo sviluppo sostenibile è l'altra faccia della medaglia della prevenzione del sottosviluppo insostenibile e del peso che il depauperamento delle società sviluppate, il *default* dei bilanci pubblici, l'impoverimento del capitale umano e sociale, può comportare per le donne e gli uomini che ci succederanno come italiani o come europei. La sostenibilità va quindi concepita e calcolata in un senso ecologico globale, con riferimento a tutte le condizioni di vita, comprese quelle economico-sociali, culturali e civili».

alla «salvaguardia delle condizioni economico-sociali, che condizionano in modo determinante la vita delle generazioni future»<sup>32</sup>. L'art. 2 della Costituzione estende, dunque, il dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale anche nei confronti delle generazioni future; in questo ampliato contesto è compito della Repubblica promuovere lo sviluppo sostenibile.

In linea con le premesse si propone un nuovo art. 9, arricchito di un ultimo comma che tutela l'ambiente come «diritto fondamentale».

La sostenibilità è la parola chiave anche del disegno di legge costituzionale S.1627/2019<sup>33</sup>, che prevede l'inserimento, nell'art. 9, di due ulteriori commi, i seguenti:

«Tutela l'ambiente e il capitale naturale.

Promuove la sostenibilità ecologica, sociale ed economica».

La sostenibilità, oltre a comparire nel testo della norma, permea tutta la Relazione. L'*incipit* restituisce l'immagine dell'uomo e dell'ambiente antagonisti e pone in luce il progressivo - difficilmente arginabile - degrado di quest'ultimo ad opera del primo; muove da qui la riflessione sulla presa di coscienza internazionale, maturata nel corso dell'ultimo trentennio, e la consapevolezza della necessità di politiche organiche volte alla salvaguardia ambientale e di adozione da parte dell'intera comunità internazionale di una «strategia globale per rivedere i modelli economici in chiave di sostenibilità»<sup>34</sup>.

L'ambiente viene definito concetto «complesso e sistemico», caratterizzato da interrelazioni tra «dimensioni, etica scientifica, tecnica, economica, sociale, culturale unitamente alla dimensione di corresponsabilità multilivello»; la complessità impone l'individuazione di soluzioni e scelte a livello costituzionale poiché - si afferma - la Costituzione è la sede elettiva di individuazione dei principi guida per la soluzione della complessità dei problemi ambientali. La nostra Costituzione, diversamente da quanto accade nel contesto internazionale - che, si sottolinea, evidenzia ben 193 Costituzioni, di cui 149 contemplano norme che definiscono i principi e i valori per la tutela dell'ambiente<sup>35</sup> -, non definisce l'ambiente né le situazioni soggettive rispetto

<sup>32</sup> S.1627 - 18ª Legislatura Sen. Patty L'Abbate (M5S) *Modifica all'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela ambientale e sostenibilità*. 26 novembre 2019; Presentato al Senato - 11 febbraio 2020: In corso di esame in commissione.

<sup>33</sup> V. *Relazione*, p. 2. Si è notata (GRASSO, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 14 febbraio 2020; PORENA, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 24 ottobre 2019) l'utilità di un riferimento esplicito allo sviluppo sostenibile tra i principi fondamentali della Costituzione. La nozione - si afferma - ha assunto compiutezza giuridica anche nel nostro diritto costituzionale, con l'introduzione della sostenibilità del debito pubblico; sarebbe irragionevole, dunque, menzionare lo sviluppo sostenibile con riguardo alle politiche di bilancio e non all'ambiente (PORENA, cit.).

<sup>34</sup> Così, nella *Relazione*, p. 2. Per i profili comparatistici, si veda l'ampio quadro della tutela costituzionale dell'ambiente nei Paesi dell'Unione Europea fornito dalla Prof.ssa TRUCCO, *Audizione informale al Senato - Commissione affari costituzionali*, 23 settembre 2020.

<sup>35</sup> *Relazione*, p. 3.

all'ambiente, pur in presenza di norme (artt. 9 e 32) che hanno consentito «alla giurisprudenza costituzionale di affermare un diritto all'ambiente sano». Si sottolinea il mutato clima culturale di riferimento delle norme costituzionali, che impongono oggi alle «istituzioni pubbliche il dovere di adoperarsi per proteggere l'ambiente e il riconoscimento per le persone di un "diritto all'ambiente salubre" o di un "diritto a un ambiente salubre e ecologicamente in equilibrio", sia come diritto fondamentale dei cittadini che come diritto sociale»<sup>36</sup>, nel segno di una mutata sensibilità, anche normativa, che ha portato all'introduzione, con la revisione del titolo V della seconda parte della Costituzione, dei termini ambiente ed ecosistema (art. 117, 2° co., lett. s).

L'assenza di una norma costituzionale di principio, tuttavia, determina difficoltà e disorienta chi deve affrontare tematiche ambientali: la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione prevede la ripartizione di competenze tra Stato e Regioni - che esercitano la potestà legislativa nel rispetto della Costituzione - e le cui regole vanno ricercate nel rispetto della Costituzione. Da qui, dunque, l'opportunità del disegno di legge, finalizzato a introdurre un'azione pubblica che vada «oltre» la tutela ambientale con la promozione di una «prosperità durevole», che garantisca, cioè, alle generazioni future, la disponibilità «di eguali o maggiori risorse per il soddisfacimento dei propri bisogni»<sup>37</sup>. Tali concetti confluiscono nell'idea di un nuovo art. 9, integrato da due commi, che consentono l'introduzione formale in Costituzione della tutela ambientale e della sostenibilità, «declinata nelle sue dimensioni ecologica, sociale ed economica»<sup>38</sup>. La prosperità nella sostenibilità è condizione e presupposto per la tutela dell'ambiente, che è - si afferma - valore in sé e diritto fondamentale della persona, così come affermato dalla Corte costituzionale nel 1987, con la pronuncia n. 210, che ha colmato la lacuna normativa a livello costituzionale<sup>39</sup>.

L'esigenza di elaborare una previsione formale della tutela dell'ambiente come diritto fondamentale della persona è espressa anche nel testo della proposta C. 2174/2019<sup>40</sup>, che estende la protezione agli animali. La proposta rimodula gli artt. 9 e 117 della Costituzione sulla frequenza dell'Unione europea, come si evince, già *prima facie*, dalla lettura del testo che vale la pena proporre:

<sup>36</sup> *Relazione*, pp. 3-4.

<sup>37</sup> *Relazione*, p. 4.

<sup>38</sup> *Relazione*, p. 3.

<sup>39</sup> C.2174 - 18ª Legislatura On. Rossella Muroli (LEU) e altri *Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e degli animali*. 15 ottobre 2019: Presentato alla Camera - 9 dicembre 2019: Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

<sup>40</sup> Di avviso contrario PALICI DI SUNI, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 24 ottobre 2019, per il quale «aggiungere il riferimento agli animali tra le materie di competenza esclusiva dello Stato avrebbe l'effetto di limitare l'intervento delle regioni a tutela della fauna più ancora di quanto avvenga oggi».

«Art. 1. -1. All'articolo 9 della Costituzione sono aggiunti, in fine, i seguenti commi: "La Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi. Persegue il miglioramento delle condizioni dell'aria, delle acque, del suolo e del territorio, nel complesso e nelle sue componenti. La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi è fondata sui principi di precauzione, azione preventiva, responsabilità e correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e costituisce diritto fondamentale della persona e della collettività. La Repubblica promuove le condizioni necessarie a rendere effettivo tale diritto. La Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti, promuove il loro rispetto e garantisce ad essi un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche".

Art. 2. - 1. All'articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, dopo la parola: "ecosistema" sono inserite le seguenti: ", degli animali"»<sup>41</sup>.

In linea con la tecnica del legislatore comunitario, la nozione di ambiente viene specificata nelle sue componenti, pur partendo dall'assunto, che si legge nella Relazione, della unitarietà del concetto di ambiente «inteso quale complesso di beni (aria, acqua, suolo, natura, biodiversità, energia) appartenenti al singolo uomo e all'umanità nel suo complesso»<sup>42</sup>. La tutela apprestata, informata ai principi di precauzione, prevenzione e correzione alla fonte (art. 191, § 2, TFUE), è quella dei diritti fondamentali, poiché - si afferma - l'ambiente è diritto fondamentale della persona. Nella Relazione si ripercorre il processo evolutivo del diritto all'ambiente, che la giurisprudenza ha separato gradualmente dalla tutela della salute e da quella del paesaggio, costantemente ritenuto dalla Corte costituzionale «comprensivo di ogni elemento naturale e umano attinente alla forma esteriore del territorio, espressione di un alto valore estetico-culturale». La legge 8 luglio 1986, n. 349, ha segnato una tappa fondamentale nella tutela del paesaggio e, contemporaneamente, nella tutela dell'ambiente come diritto fondamentale della persona, poiché ha posto come compito precipuo del Ministero «la promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento».

La progressiva affermazione giurisprudenziale di un diritto all'ambiente salubre (il richiamo è alle pronunce della Corte cost. n. 210 e n. 641 del 1987 e a quella della Suprema corte, del 1979, n. 5172)<sup>43</sup> conduce ad affermare la necessità di riconoscere

<sup>41</sup> V. *Relazione*, p. 1.

<sup>42</sup> Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2302 ss.

<sup>43</sup> Così, testualmente, nella *Relazione*, p. 3.

l'ambiente come diritto fondamentale, che non può essere scorporato «dai diritti fondamentali ed inviolabili di cui all'articolo 2 della Costituzione»<sup>44</sup>.

La riforma della Costituzione, si afferma, deve muoversi in questo quadro, concentrandosi «sul solo articolo 9, in connessione, tuttavia, con le disposizioni dell'articolo 24<sup>45</sup>, ove si afferma che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti [...]. Connettendo tale diritto all'articolo 32, che tutela la salute quale diritto fondamentale del singolo ed interesse della collettività, si materializza il diritto di ogni uomo ad un ambiente salubre la cui tutela è quella propria dei diritti fondamentali».

In questa dimensione ecologica di ampio respiro trova giusta collocazione anche la tutela degli animali come esseri senzienti: ad essi va attribuito tale *status*, secondo quanto previsto dall'art. 13 del TFUE<sup>46</sup>.

Nella medesima direzione, segnata dalla modifica dell'art. 9 della Costituzione, si collocano il Disegno S.1532/2019<sup>47</sup> e le Proposte C.2150/2019<sup>48</sup> e C.2124/2019<sup>49</sup>; tutte propongono, unicamente, l'inserimento della parola «l'ambiente» nel disposto dell'articolo 9: il richiamo all'ambiente come diritto fondamentale è contenuto, però, nelle relazioni.

La stringatissima Relazione al Disegno S.1532/2019 si limita ad evidenziare la necessità di dare formale «riconoscimento all'ambiente all'interno dei principi fondamentali della Costituzione e, in particolare, fra i beni giuridici che la

<sup>44</sup> Modifica ritenuta indispensabile da MADDALENA, cit., per il quale l'aggiunta della frase «sia come singoli sia come membri della collettività» a quella già contenuta nell'art. 24, a tenore della quale «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», consentirebbe di affermare che «l'intera Costituzione è stata realmente completata nella riaffermazione dei suoi principi e diritti fondamentali».

<sup>45</sup> V. *Relazione*, p. 3. CERINI, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 24 ottobre 2019, indica proprio nella norma una delle «ragioni tecnico-giuridiche che [...] rendono non solo opportuna ma necessaria la previsione di una menzione dell'animale in Costituzione»; infatti, «il silenzio della Carta Costituzionale nazionale lascia aperta sul piano tecnico-giuridico una serie di difficoltà spesso insormontabili per il legislatore ordinario e soprattutto per la nostra giurisprudenza che, dove chiamata a interrogarsi sugli animali, deve confrontarsi con la regola del Trattato UE (che offre il paradigma dell'animale come essere senziente) la quale tuttavia fissa tale principio ma non si traduce sempre ed inequivocabilmente in una norma invocabile per risolvere i conflitti interni. L'introduzione nel testo della Costituzione della posizione dell'animale potrebbe dunque rappresentare un elemento di allineamento agli impegni sovranazionali e verrebbe a rappresentare l'elemento mancante e necessario tra diritto UE e diritto interno».

<sup>46</sup> S.1532 - 18ª Legislatura Sen. Maria Alessandra Gallone (FI-BP) *Modifica all'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*. 8 ottobre 2019: Presentato al Senato - 11 febbraio 2020: In corso di esame in commissione.

<sup>47</sup> C.2150 - 18ª Legislatura On. Giorgia Meloni (FDI) e altri *Modifica all'articolo 9 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente*. 7 ottobre 2019: Presentato alla Camera - 27 novembre 2019: Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

<sup>48</sup> C.2124 - 18ª Legislatura On. Stefania Prestigiacomo (FI) e altri *Modifica all'articolo 9 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente*. 26 settembre 2019: Presentato alla Camera - 5 novembre 2019: Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

<sup>49</sup> *Relazione*, p. 1.

Repubblica deve tutelare e promuovere, insieme al paesaggio e al patrimonio storico e artistico della Nazione».

Più articolata, invece, la Relazione alla proposta di legge C.2150/2019 ove si sottolinea la finalità di dare esplicito riconoscimento alla tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali della Repubblica e ciò anche alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, in forza della quale, e ai sensi dell'art. 117, lett. s), la materia ambiente è attribuita alla competenza esclusiva dello Stato. Sul punto, si ricorda nella Relazione, la giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che l'ambiente è un valore, trasversale, costituzionalmente protetto, sì che «è giusto e opportuno che la tutela dell'ambiente sia riconosciuta quale principio fondante la Repubblica»<sup>50</sup>.

Nella Relazione alla proposta C.2124/2019 si mette in risalto il ruolo fondamentale della Corte costituzionale, che ha consentito «alle clausole costituzionali di “respirare”, valorizzandone gradualmente le ricchissime virtualità e potenzialità espansive, attraverso un'interpretazione evolutiva che ha le sue solide radici nella centralità della persona umana, vero architrave della Carta»<sup>51</sup>, consentendo in tal modo il riconoscimento dell'ambiente come «valore primario e assoluto»<sup>52</sup>.

In prospettiva differente, si segnala il ruolo fondamentale del «costituzionalismo multilivello» nel processo di «penetrazione del valore dell'ambiente all'interno del nostro ordinamento»: le previsioni di altre Costituzioni europee menzionano l'ambiente tra i principi generali o nel catalogo dei diritti fondamentali; l'ambiente è riconosciuto sia nel diritto dell'Unione europea, dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «sia dagli articoli 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo comprendono la tutela dell'ambiente fra gli elementi imprescindibili per assicurare il pieno sviluppo della persona umana»<sup>53</sup>.

Segnala, infine, la Relazione, come l'intendimento della proposta di legge costituzionale sia quello di adeguare «la lettera della Carta costituzionale ai progressi compiuti a livello di Costituzione materiale: ciò proponiamo nella convinzione che la nostra Costituzione non sia solo un documento, ma sia anche e prima di tutto la tavola dei valori della comunità, in cui ciascuno deve riconoscersi»<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> *Relazione*, p. 1.

<sup>51</sup> Tale risultato, si rammenta (*Relazione*, p. 2), è stato conseguito facendo leva sugli artt. 9 e 32 della Costituzione ed è dovuto, in particolare, alle pronunce della Corte costituzionale del 1987, nn. 167, 191, 210; del 1988, nn. 1029, 1031; del 1989, n. 391; del 1990, n. 430.

<sup>52</sup> *Relazione*, p. 2. V., al riguardo, il quadro comparato della tutela costituzionale dell'ambiente nei Paesi dell'UE fornito dalle Prof.sse D'AMICO, cit., e TRUCCO, cit.

<sup>53</sup> *Relazione*, p. 3.

<sup>54</sup> S.1203 - 18<sup>a</sup> Legislatura Sen. Gianluca Perilli (M5S) *Modifica dell'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, protezione della biodiversità e degli animali, promozione dello sviluppo*

Sempre focalizzata sulla modifica all'art. 9, ma con una più ampia articolazione in termini di interessi protetti, è la proposta di modifica dell'art. 9 della Costituzione contenuta nel disegno di legge S.1203/2019<sup>55</sup>.

Il disegno propone l'introduzione nell'art. 9, in fine, di un ulteriore comma: «La Repubblica tutela l'ambiente e l'ecosistema, protegge le biodiversità e gli animali, promuove lo sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni».

Anche questo testo evidenzia, immediatamente, la sua dimensione comunitaria, che investe la Costituzione anche sotto il profilo del lessico giuridico: la biodiversità, lo sviluppo sostenibile, la tutela degli animali appartengono al vocabolario del legislatore comunitario, al quale, comunque, si deve la tutela degli animali come esseri senzienti. Nella Relazione si ripercorre l'*iter* normativo comunitario in materia di Ambiente, dall'Atto unico europeo al Trattato di Lisbona nell'assetto attuale (artt. 11, 191-193 TFUE), e si pone in luce come anche nel sistema interno i tempi siano «maturi per completare la disciplina costituzionale relativa alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema».

Nel nostro sistema - si sottolinea - la tutela ambientale è sempre stata «riconosciuta»<sup>56</sup> dalla Corte costituzionale, che ha interpretato in maniera unitaria gli artt. 9 e 32.

Una modifica dell'art. 9 porterebbe all'affermazione chiara di ciò che viene ricavato solo in via interpretativa, collocando, peraltro, tale riconoscimento tra i principi fondamentali, «che definiscono la fisionomia della nostra società e del nostro ordinamento giuridico». Tale inserimento conferirebbe la necessaria, e ora mancante, organicità alla riforma del 2001, che ha accolto il termine ambiente in Costituzione, riservando la competenza esclusiva allo Stato, senza però collocare l'ambiente tra i diritti o i principi fondamentali.

Medesime caratteristiche delineano la fisionomia del disegno S.212/2018<sup>57</sup>, di un anno precedente, *Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente*.

*sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni*. 2 aprile 2019: Presentato al Senato - 11 febbraio 2020: In corso di esame in commissione.

<sup>55</sup> Così, testualmente, la *Relazione* a p. 2.

<sup>56</sup> S.212 - 18ª Legislatura, Sen. Loredana De Petris (Misto, Liberi e Uguali) e altri. *Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente*. 3 aprile 2018: Presentato al Senato - 11 febbraio 2020: In corso di esame in commissione.

<sup>57</sup> Art. 1. 1. All'articolo 9 della Costituzione, dopo il secondo comma sono aggiunti i seguenti: «La Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi. La Repubblica persegue il miglioramento delle condizioni dell'aria, delle acque, del suolo e del territorio, nel complesso e nelle sue componenti. La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi costituisce diritto fondamentale della persona e della collettività ed è fondata sui principi di precauzione, azione preventiva, responsabilità e correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente. La Repubblica promuove le condizioni necessarie a rendere effettivo tale diritto».

La finalità del disegno di legge, dichiarata nella Relazione, è l'esplicito riconoscimento del diritto all'ambiente come diritto fondamentale, con l'introduzione nell'art. 9 di ulteriori due commi<sup>58</sup>; se infatti si lasciasse inalterata la struttura della norma, inserendo unicamente il termine ambiente prima della parola paesaggio, si correrebbe il rischio di rendere meramente formale - e non sostanziale - la modifica<sup>59</sup>; operando in tal senso, infatti, si formalizzerebbe semplicemente la ricomprensione della tutela ambientale tra i compiti della Repubblica, «la quale invero è già stata investita di questa funzione da numerose leggi ordinarie, ma ciò non significherebbe in modo automatico il riconoscimento di un diritto inviolabile all'ambiente ad ogni persona»<sup>60</sup>.

È necessario, invece, fare espresso riferimento all'ambiente come diritto fondamentale, poiché – si afferma - non si può «scorporare il diritto all'ambiente dai diritti fondamentali ed inviolabili di cui all'articolo 2 della Costituzione». Un ulteriore comma, il terzo<sup>61</sup>, è poi finalizzato all'«attribuzione dello status di “esseri senzienti” agli animali, al fine di garantire un pieno rispetto degli stessi».

La Relazione muove dalla riproposizione di un concetto unitario di ambiente come «complesso di beni (aria, acqua, suolo, natura, biodiversità, energia) appartenenti al singolo uomo e alla umanità nel suo complesso»<sup>62</sup>.

Tale rapporto tra uomo e ambiente è cristallizzato nella formula «diritto fondamentale» di ogni uomo e animale; «esso si configura anche come diritto collettivo, appartenente sia al singolo in quanto tale che alla collettività nel suo complesso».

Al pari delle altre, la Relazione ripercorre il processo evolutivo del diritto ambientale, dall'Assemblea costituente, focalizzata su un'accezione di «paesaggio» riferibile unicamente alle bellezze naturali e al panorama, alla fase odierna, dove il medesimo art. 9 della Costituzione va riletto «in una visione [...] di protezione integrata e complessiva dei valori ambientali». La giurisprudenza della Corte costituzionale - si rammenta - «ha costantemente ritenuto il paesaggio comprensivo di ogni elemento naturale e umano attinente alla forma esteriore del territorio,

<sup>58</sup> Per evitare tale rischio - osserva AZZARITI, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 16 gennaio 2020 - occorre passare ad un'idea di sviluppo ecologico ambientale, mutando l'attuale modello di sviluppo, con l'introduzione di «strumenti coercitivi che si impongano tanto al legislatore futuro quanto all'attività dei privati». Richiama, al riguardo, l'esperienza tedesca e la concezione della *Drittwirkung* e segnala l'opportunità di porre l'ambiente come limite espresso alla libertà di iniziativa economica pubblica e privata.

<sup>59</sup> V. *Relazione*, p. 3.

<sup>60</sup> «La Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti e ne promuove e garantisce il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche». Sottolinea PORENA, cit., come la norma, così formulata, si faccia carico di consacrare «il miglior livello di sensibilità giuridica e scientifica raggiunto nei confronti del mondo animale».

<sup>61</sup> V. *Relazione*, p. 2.

<sup>62</sup> V. *Relazione*, p. 5.

espressione di un alto valore estetico-culturale». La lettura sistematica e unitaria dei due commi dell'art. 9 non può che portare ad una ricomprensione nel suo ambito anche dei valori ambientali.

Anche per la tutela degli animali, così come accade per la tutela ambientale, la competenza deve essere attribuita esclusivamente allo Stato<sup>63</sup>; da qui la proposta di modifica integrativa dell'art. 117, lett. s)<sup>64</sup>.

Ugualmente improntata alla tutela degli animali è la proposta C.15/2018<sup>65</sup> - *Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione, in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente*.

La corposa previsione al riguardo sovrasta la proposta di inserimento della tutela ambientale in Costituzione, da realizzare con l'aggiunta al secondo comma dell'art. 9 delle seguenti parole «, l'ambiente e gli ecosistemi», beni già previsti dall'art. 117.

Alla tutela degli animali è dedicato, invece, un (intero) nuovo comma, che completa l'art. 9, così formulato: «Gli animali sono esseri senzienti e la Repubblica ne promuove e garantisce la vita, la salute e un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche»<sup>66</sup>.

Consequenziale è l'ulteriore modifica proposta e relativa all'inserimento nella lettera s) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione delle seguenti parole: «nonché degli animali».

<sup>63</sup> Il disegno di legge sopra esaminato elabora - ampliando l'ambito delle modifiche, da apportare anche all'art. 117 e non solo all'art. 9 - quello presentato dieci giorni prima [S.83 - 18<sup>a</sup> Legislatura - Sen. Loredana De Petris (Misto) e altri - *Modifica all'articolo 9 della Costituzione in materia di protezione della natura*; presentato al Senato il 23 marzo 2018]: medesime, dunque, le argomentazioni, medesimo il *focus* rappresentato dall'istanza improcrastinabile di riconoscimento formale del diritto all'ambiente come diritto fondamentale.

<sup>64</sup> C.15 - 18<sup>a</sup> Legislatura On. Michela Vittoria Brambilla (FI) *Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione, in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente*.

23 marzo 2018: Presentato alla Camera - 31 luglio 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

<sup>65</sup> Così la *Relazione* a p. 2: «riteniamo che una copertura costituzionale ai diritti animali [...], sia pertanto oggi doverosa in quanto destinata a cristallizzare principi sociali di fatto già esistenti e a supportare gli operatori giuridici nella serena applicazione delle norme che già esistono e che vanno tutte nella direzione di sempre maggiore tutela degli animali quali esseri senzienti, nonché a orientare il legislatore nazionale verso l'abolizione di attività ormai obsolete e inaccettabili che causano morte e dolore agli animali».

<sup>66</sup> C.240 - 18<sup>a</sup> Legislatura On. Mauro Del Barba (PD) e altri *Modifiche agli articoli 2, 9 e 41 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile*. 23 marzo 2018: Presentato alla Camera - 3 ottobre 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

Questo il testo: *Art. 1 - (Modifiche all'art. 2 della Costituzione)* - 1. All'articolo 2 della Costituzione sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «anche nei confronti delle generazioni future»; *Art. 2 - (Modifiche all'art. 9 della Costituzione)* - 1. All'articolo 9 della Costituzione, dopo il secondo comma sono aggiunti i seguenti: «Riconosce e garantisce la tutela dell'ambiente come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività. Promuove le condizioni per uno sviluppo sostenibile»; *Art. 3 - (Modifiche all'art. 41 della Costituzione)* - All'art. 41 della Costituzione sono apportate le seguenti modificazioni: a) il secondo comma è sostituito dal seguente: «Essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana»; b) al terzo comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e di sviluppo sostenibile».

La proposta di legge costituzionale C.240/2018 - 18<sup>a</sup> Legislatura<sup>67</sup> - propone la modifica degli artt. 2, 9 e 41 della Costituzione, offrendo una visione d'insieme del quadro normativo entro il quale il diritto all'ambiente si muove e interagisce con le altre norme costituzionali e con il mondo reale della produzione e del consumo. La tutela dell'ambiente è diritto fondamentale, anche delle generazioni future, alle quali si estende «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», e costituisce un limite, al pari dell'utilità sociale, entro il quale deve svolgersi l'attività economica, che non può essere travalicato. In linea con la dimensione normativa europea, la sostenibilità "entra" nella Costituzione, come garanzia per le generazioni future di un oculato utilizzo delle risorse da parte delle generazioni presenti, come limite e indirizzo dell'attività economica.

Vale la pena soffermarsi su alcuni punti della Relazione di particolare interesse.

Quando l'Assemblea costituente si riuniva - si osserva - la realtà planetaria era ben altra, non ancora segnata dalle problematiche ambientali odierne né dal problema concreto e attuale della sostenibilità.

Il concetto di sostenibilità, il cui peso è cresciuto in parallelo allo sviluppo economico e all'affermazione degli «attuali modelli di produzione e di consumo», con «livelli di utilizzo di risorse e territorio che erano inimmaginabili nell'immediato dopoguerra», impone delle scelte coerenti con gli obiettivi della Carta costituzionale, poiché le generazioni future hanno il medesimo diritto di quelle precedenti ad una «vita prospera»; l'art. 2, dunque, impone di estendere alla generazioni future i «doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale».

Ugualmente va modificato l'art. 9, che deve tener conto, dandone esplicito riconoscimento, del diritto all'ambiente quale principio fondamentale dell'ordinamento.

Il riconoscimento sul piano formale appare oggi necessario sia per il «significato rafforzativo delle argomentazioni di merito che assume la ricezione di un determinato valore fra i principi fondamentali dell'ordinamento sia per le implicazioni giuridiche che da tale collocazione è possibile trarre»; si realizzerebbe, in tal modo, la piena armonizzazione con la precedente modifica dell'art. 117.

Per quanto concerne il principio dello sviluppo sostenibile, si ritiene opportuna anche un'integrazione dell'art. 41, con un'espressa previsione al riguardo, al fine di dare nuova forza all'etica ambientale ed economica; per effetto di tale modifica

---

<sup>67</sup> «Si tratta di superare la visione esclusivamente antropocentrica [...] per coniugare questa visione con quella 'oggettiva', ovvero di un ambiente inteso come 'bene comune' [...] da preservare come bene in sé, per assicurare l'ecosistema alle attuali generazioni e a quelle future»: AZZARITI, cit.

l'attività economica pubblica e privata potrà essere indirizzata e coordinata a fini oltre che sociali anche di «sviluppo sostenibile»<sup>68</sup>.

Medesimo contenuto, anche sotto il profilo testuale, ha l'iniziativa della Regione Veneto<sup>69</sup>, che completa il quadro d'intervento costituzionale con la proposta di modifica anche dell'art. 44<sup>70</sup>: in linea con il principio dello sviluppo sostenibile, anche lo "sfruttamento" (*rectius*, l'utilizzazione) del suolo deve essere sostenibile<sup>71</sup>.

#### 4. Le riflessioni intorno ai progetti di legge.

La questione ambientale interroga lo Stato costituzionale, si è affermato di recente <sup>72</sup>, sottolineandone la centralità nel sistema dei saperi giuridici e, conseguentemente, nell'assetto normativo e nella gestione della vita sociale: «l'ambiente costituisce infatti un valore, un presupposto di tutti gli altri diritti e, come tale, costituisce una sfida per l'intero assetto di quello che, in base alle costituzioni nate nella seconda metà del secolo scorso, si può definire lo Stato costituzionale» e, ancora, «non occorre introdurre il "diritto all'ambiente" in Costituzione: va elaborata una legge (organica) sui principi per la tutela dell'ambiente»<sup>73</sup>.

La proposta riforma della Costituzione forse non è necessaria, perché la tutela dell'ambiente è nel sistema, ma sicuramente è da accogliere come manifestazione di una mutata, più consapevole, attenzione all'ambiente <sup>74</sup>, come esigenza

<sup>68</sup> C.2315 - 18<sup>a</sup> Legislatura Consiglio regionale Veneto *Modifiche agli articoli 2, 9, 41 e 44 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile*. 20 dicembre 2019: Presentato alla Camera - 21 gennaio 2020 - Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

<sup>69</sup> Art. 4. (*Modifiche all'articolo 44 della Costituzione*) 1. All'articolo 44, primo comma, della Costituzione, dopo le parole: «Al fine di conseguire il razionale» sono inserite le seguenti: «e sostenibile».

<sup>70</sup> A conclusione di questa disamina, va dato atto della proposta di un emendamento costituzionale all'art. 9, formulata dal prof. Morrone in sede di Audizione alla I Commissione del Senato (25 ottobre 2019), nella logica della protezione dell'ambiente quale valore fondamentale degli esseri viventi e dell'ordinamento costituzionale: solo la dimensione del valore costituzionale - si afferma - «può fare della protezione dell'ambiente un principio fondante e fondamentale»; senza tale qualificazione «i diritti e doveri eventualmente stabiliti in materia ambientale resterebbero senza un riferimento oggettivo, senza un quadro materiale di svolgimento, senza un fine unitario cui orientarli»; solo tale configurazione, dunque, consentirebbe di fare un salto di qualità, culturale e costituzionale, risultato, quest'ultimo, non conseguibile con la configurazione formale dell'ambiente alla stregua di un diritto soggettivo.

<sup>71</sup> GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 5.

<sup>72</sup> Così GRASSI, *op. cit.*, p. 7 e p. 28.

<sup>73</sup> «È questa una delle prime riforme costituzionali che si collocano nel segno dell'attuazione costituzionale» - afferma AZZARITI, cit. - «per adeguare il testo alle trasformazioni sociali, economiche e culturali intervenute (in materia ambientale nel nostro caso) e per garantire un'estensione dei principi impliciti nel sistema».

<sup>74</sup> *Rapporto Brundtland [Our Common Future (1987)*, pubblicato con il titolo *Il futuro di noi tutti*, Milano, 1988, con prefazione di G. RUFFOLO): sostenibile è «lo sviluppo in grado di soddisfare i bisogni della generazione presente, senza compromettere la possibilità che le generazioni future riescano a soddisfare i propri».

imprescindibile di una società civile che ha preso atto che il problema della propria esistenza e della salvaguardia delle condizioni di vita non può più essere rinviato. È questo il motivo di fondo, la base comune, dei progetti di legge, e delle relazioni che li accompagnano, dove compaiono tutti i temi fondamentali del dibattito giuridico sull'ambiente, dalla nozione di ambiente all'ambiente come diritto fondamentale; il perno, tuttavia, attorno al quale tutte le altre nozioni ruotano e si ricompongono è la sostenibilità, intesa come misura di utilizzabilità da parte di una generazione delle risorse che appartengono a tutti con il limite della conservazione per le generazioni future.

*a) Sulla sostenibilità.*

La ben nota definizione di sviluppo sostenibile<sup>75</sup> esplicita l'affermazione appena fatta relativa alla centralità della nozione di sostenibilità: la questione delle risorse, infatti, pone il problema di definire "cosa" appartiene al singolo, individualmente, e "cosa" appartiene a tutti, unitariamente, il che significa porre l'interrogativo relativo alla nozione di ambiente: cosa è "ambiente" e a "chi" appartiene. Il diritto delle generazioni future<sup>76</sup> è lo stesso, proiettato, delle generazioni presenti, poiché «lo sviluppo sostenibile impone di soddisfare i bisogni fondamentali di tutti e di estendere a tutti la possibilità di attuare le proprie aspirazioni a una vita migliore»<sup>77</sup>, e la sua tutela, dunque, è la medesima di quella apprestata alle generazioni presenti.

<sup>75</sup> PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. mer.*, 2015, p. 42: «La nostra Corte costituzionale ha prospettato, in capo alle generazioni venturose, la titolarità di un "diritto fondamentale all'integrità del patrimonio ambientale"» (il riferimento è a Corte cost., 19 luglio 1996, n. 259 e a Corte cost., 27 dicembre 1996, n. 419).

<sup>76</sup> Così il *Rapporto Brundtland*.

<sup>77</sup> Corte cost., 12 aprile 2013, n. 67, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1377: «Secondo questa Corte, attraverso la determinazione della tariffa, il legislatore statale ha fissato livelli uniformi di tutela dell'ambiente, perché ha inteso perseguire la finalità di garantire la tutela e l'uso, secondo criteri di solidarietà, delle risorse idriche, salvaguardando la vivibilità dell'ambiente e "le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale"». V. P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2009, p. 6, il quale evidenzia come l'ordinamento settoriale ambientale presenti esempi di un approccio all'utilizzo delle risorse nell'ottica dello sviluppo durevole; così, ad es., la legge n. 36 del 1994 sulla gestione delle acque, dove si afferma che tutte le acque «sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà» (art. 1, 1° co.), e che «qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale» (art. 1, 2° co.); richiama (p. 6, nt. 23), sul punto, la pronuncia della Corte costituzionale n. 259 del 1996, che «ha confermato la legittimità e la fondatezza di tali espressioni di principio rilevando che "l'acqua, bene primario della vita dell'uomo, è configurata dall'ordinamento come una risorsa da salvaguardare, sui rischi di inquinamento, sugli sprechi e sulla tutela dell'ambiente, in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale"». La norma contenuta nell'art. 1 costituisce un «principio generale per una disciplina omogenea dell'uso delle risorse idriche».

La Corte costituzionale<sup>78</sup>, nel ribadire la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente - ha più volte richiamato la formula dell'art. 144, 2° co., del codice ambientale, evidenziando il profilo della salvaguardia delle aspettative e dei diritti «delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale».

Lo svolgimento della formula «sviluppo sostenibile» porta, dunque, a confrontarsi con tutti i temi in discussione e il dibattito sull'ambiente, allora, potrebbe trovare una “centratura” con l'introduzione della sostenibilità in Costituzione.

Si è posto in luce, a questo riguardo, che, sebbene la Costituzione non faccia espresso riferimento allo sviluppo sostenibile, un'interpretazione evolutiva di alcune disposizioni «permette l'innesto e la copertura delle problematiche legate allo sviluppo sostenibile e alla responsabilità o equità intergenerazionale»<sup>79</sup> : precisamente, l'art. 41, comma 2, l'art. 3, comma 2, l'art. 4, comma 2, l'art. 9, comma 2, e l'art. 2, la cui «capacità espansiva»<sup>80</sup> è tale da consentire l'estensione della tutela anche ai diritto all'ambiente salubre delle generazioni future e di «fondare i doveri di solidarietà transgenerazionale»<sup>81</sup>. L'inserimento del principio all'interno della Carta costituzionale ne rafforzerebbe, in ogni caso, l'operatività, segnando «la trasformazione della legalità costituzionale all'interno di uno Stato non soltanto “sociale di diritto” ma anche “ambientale di diritto”»<sup>82</sup>. Nel senso indicato da queste riflessioni, sembra muoversi la proposta di legge costituzionale C.240 - 18<sup>a</sup> Legislatura<sup>83</sup>, che propone, appunto, la modifica delle norme appena considerate e

<sup>78</sup> PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, cit., p. 40.

<sup>79</sup> PENNASILICO, *op. ult. cit.*, pp. 40 e 41.

<sup>80</sup> PENNASILICO, *op. loc. ult. cit.* La Costituzione, scrive GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 11, ha «tutti i presupposti e la flessibilità necessari per adeguare le proprie norme all'evolversi dei problemi e delle esigenze che via via emergono nella società».

<sup>81</sup> E ciò, si afferma (PENNASILICO, *op. ult. cit.*, p. 44), anche alla luce della questione aperta della natura precettiva o programmatica del principio: «in realtà, il grado di precettività, e dunque di forza operativa, del principio va individuato in considerazione del contesto normativo di riferimento, vale a dire secondo la fonte (di rango costituzionale o legislativo) che lo ha prodotto. In tal senso, l'operatività del principio nell'ordinamento nazionale può essere notevolmente rafforzata da un recepimento espresso all'interno di testi di rango costituzionale che ne chiarisca la portata precettiva» [così anche in ID., *Fonti e principi del “diritto civile dell'ambiente”*, in ID.(a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 27].

<sup>82</sup> *Relazione* alla proposta: «La presente iniziativa raccoglie le istanze e le elaborazioni teorico-normative e giurisprudenziali, sia nazionali che internazionali, che hanno caratterizzato negli ultimi decenni le evoluzioni in materia di diritto ambientale e di promozione dello sviluppo sostenibile e mira a porre il nostro Paese all'avanguardia a livello internazionale su tali tematiche».

<sup>83</sup> M. LO CONTE, *Quanti anni hai? Scopri quanto devi pagare di debito pubblico*, in *ilsole24ore.com*, 10 aprile 2019: «È noto a tutti che il debito pubblico italiano è un macigno [...] che pregiudica [...] in particolare le giovani generazioni. [...] Si sa altrettanto bene che ogni residente in Italia ha un debito pari a 38mila euro circa [...] l'Ufficio Studi del Sole 24 Ore ha elaborato i dati della Banca d'Italia e dell'Istat dal 1946 [...] per descrivere con numeri e proporzioni la diseguale distribuzione del debito pubblico tra i residenti in Italia». L'elaborazione dei dati ha evidenziato «l'apporto maggiore alla formazione del debito pubblico delle generazioni più anziane e inferiore di quelle più giovani» e «come sulle spalle dei giovani ci sia un peso ben superiore a quello di chi ha più anni». La Corte costituzionale (14 febbraio 2019, n. 18, in *Foro it.*, 2020, I, c. 76 ss.), con riferimento alla (lamentata) lesione al principio della copertura pluriennale, ha sottolineato che «la lunghissima dilazione

l'introduzione dello sviluppo sostenibile all'interno della Costituzione, nella logica di un'etica ambientale ed economica.

Il problema ambiente, di cui si parlava anni fa, diviene, ora, la questione delle «conseguenze future», questione che investe le scelte istituzionali e legislative passate, in termini di effetti sulla vita attuale e futura, e le scelte presenti e future sull'esistenza delle generazioni presenti e future.

Lo sviluppo sostenibile di un Paese è quello che non consuma le risorse naturali (ad es. l'acqua), ma le preserva e le conserva per le generazioni future; sviluppo sostenibile è lo sviluppo di un Paese che non toglie risorse economiche a settori fondamentali per privilegiare le "contingenze" di un momento storico e non fa aumentare il debito pubblico di ogni nascituro<sup>84</sup>. La sostenibilità è, dunque, responsabilità, che grava su ciascuno individualmente e su tutti collettivamente. Coniugata nella sua dimensione ecologica<sup>85</sup>, la sostenibilità è un valore<sup>86</sup>, espresso dall'art. 3, § 3, del TUE, dall'art. 11 del TFUE, riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>87</sup>, codificato nell'ordinamento nazionale dall'art. 3-*quater* c.a.; la sua introduzione nel sistema legislativo nazionale rispecchia i valori, i principi e le previsioni del Trattato<sup>88</sup> e trova giusta collocazione, dunque, anche nella nostra Carta costituzionale: dal codice ambientale, appunto, alla Costituzione.

temporale finisce per confliggere anche con elementari principi di equità intergenerazionale»; ha ritenuto, pertanto, «costituzionalmente illegittimo l'art. 1, comma 714, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, come sostituito dall'art. 1, comma 434, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, in riferimento agli artt. 81 e 97 Cost., nella parte in cui consente la riformulazione o rimodulazione dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali in predissesto, poiché non si può ricorrere al debito per finanziare la spesa corrente; infatti, ove ciò fosse consentito, si scaricherebbe il debito sulle generazioni future e si violerebbe il principio di rappresentanza democratica».

<sup>84</sup> «L'ambiente, in realtà - fa notare PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, cit., p. 42 -, è soltanto un aspetto dello sviluppo umano sostenibile, sì che realizzare quest'ultimo nell'osservanza dei diritti dell'uomo significa anche attuare la libertà dal bisogno e dall'ignoranza».

<sup>85</sup> V., sul punto, FERRARA, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: una 'storia infinita'*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 695 ss.; e SARTORETTI, *La 'materia' e il 'valore' ambiente al vaglio della Corte costituzionale: una dicotomia davvero impossibile?*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1996.

<sup>86</sup> Il *Preambolo* alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, al 3° cpv., recita: «L'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni, nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale; essa si sforza di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile».

<sup>87</sup> «Principi che sono stati inseriti in termini positivi nelle norme del diritto europeo (fanno parte del nostro diritto costituzionale [...] le norme del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che, pur non definendo l'ambiente, affermano il metodo ed i principi con i quali l'ambiente deve essere tutelato)»: GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 9.

<sup>88</sup> DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come 'materia' e come valore*, cit.; R.FERRARA, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: una 'storia infinita'*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 692 ss.; GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 25 ss.; OLIVETTI RASON, *Tutela dell'ambiente: il giudice delle leggi rimane fedele a se stesso*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 696 ss.; SARTORETTI, *La tutela dell'ambiente dopo la riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione: valore costituzionalmente protetto o materia in senso tecnico?*, in *Giur. it.*, 2003, p. 417 ss.; ID., *La*

L'inserimento della sostenibilità e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della Costituzione realizza il punto di sutura tra Costituzione materiale e Costituzione formale. Sebbene la Costituzione non faccia espresso riferimento allo sviluppo sostenibile e non annoveri la tutela ambientale tra i principi fondamentali, ma riservi all'ambiente la sola, scarna, previsione dell'art. 117, lett. s, è innegabile che entrambi i valori facciano parte del tessuto connettivo dell'ordinamento costituzionale.

Nel dibattito acceso dopo la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione del 2001 sulla configurabilità dell'ambiente come "materia" o come "valore"<sup>89</sup>, il tema dello sviluppo sostenibile è stato argomento idoneo a supportare la prospettazione della tutela dell'ambiente come valore generale da perseguire in adempimento del «dovere inderogabile di solidarietà delle presenti generazioni al cospetto di quelle future»; la riforma dell'art. 117 della Costituzione, con l'espresso riferimento alla tutela e valorizzazione dell'ambiente, come materia nella quale lo Stato ha legislazione esclusiva, ha accentuato la rilevanza di altre disposizioni costituzionali, rimaste immutate, tra le quali sicuramente ha un ruolo centrale l'art. 2, sotto il duplice profilo del diritto dell'uomo all'ambiente, come garanzia di uno *standard* qualitativamente elevato della condizione di vita, e come dovere dell'uomo verso l'ambiente, di solidarietà politica economica e sociale, al fine di garantire il pieno sviluppo della personalità umana.

Ancor prima della riforma, però, la giurisprudenza (costituzionale, in primo luogo) aveva affermato il valore puramente ricognitivo della normativa ambientale, funzione ricognitiva, dunque, di un valore già esistente nell'ordinamento nazionale<sup>90</sup>.

L'appartenenza all'Unione europea ci colloca ora in una dimensione sovranazionale ed i principi della tutela ambientale vanno, dunque, ricercati nel sistema ordinamentale italo-europeo<sup>91</sup>. Il Trattato dedica all'ambiente il titolo XX (TFUE artt. 191-193), la Carta dei Diritti dell'Unione Europea l'art. 37. Proprio quest'ultima disposizione e, in particolare, la sua collocazione sotto il titolo *Solidarietà*

*'materia' e il 'valore' ambiente al vaglio della Corte costituzionale: una dicotomia davvero impossibile?*, ivi, p. 1995 ss.

<sup>89</sup> V. *retro*, nt. 26.

<sup>90</sup> «L'integrazione tra principi normativi di fonte comunitaria e diritto interno in un unitario e complesso sistema ordinamentale italo-europeo (come si desume dagli artt. 11 e 117, comma 1, cost.) apre il varco alla penetrazione di quei principi sovranazionali non soltanto nella sfera del potere pubblico, ma anche nel tessuto dell'autonomia privata»: PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo ecologico"*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, a cura di Rossi e Monteduro, Torino, 2020, p. 18; ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1291 ss.

<sup>91</sup> PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, cit., p. 45: «al fine di consentire ai principi ambientali di conformare effettivamente la produzione del legislatore, le applicazioni della giurisprudenza e i rapporti tra i soggetti interessati, è opportuno collocare i principi medesimi al massimo livello del sistema ordinamentale, ossia nella Costituzione».

ci consente qualche riflessione ulteriore. La tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile: con la sostenibilità si dà attuazione al principio di solidarietà tra le generazioni. Solidarietà ambientale, dunque, come sintesi e specificazione, al tempo stesso, della solidarietà economica, politica e sociale di cui all'art. 2 della Costituzione.

Infine, il codice dell'ambiente conforma l'ordinamento nazionale ai principi sovranazionali: in forza dell'art. 3-bis, i principi dettati dalla parte prima «costituiscono principi generali in tema di tutela dell'ambiente, adottati in attuazione degli articoli 2, 3, 9, 32, 41, 42, 44, 117, commi 1 e 3 della Costituzione e nel rispetto degli obblighi internazionali e del diritto comunitario». Tra tali principi, e ai sensi dell'art. 3-quater, è annoverato lo sviluppo sostenibile, principio al quale deve conformarsi «ogni attività umana giuridicamente rilevante [...] 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». Il principio dello sviluppo sostenibile, inoltre, «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». Non può che osservarsi la razionalità e completezza del sistema, al cui interno ben si colloca la previsione costituzionale dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale<sup>92</sup>. L'introduzione dello sviluppo sostenibile in Costituzione segna una tappa dell'evoluzione della società civile, che diviene sempre più consapevole che l'utilizzazione delle risorse naturali costituisce, il più delle volte, consumo di energie non più riproducibili, alterazioni irreversibili di equilibri ecologici. Rappresenta, al tempo stesso, una risposta affermativa al monito che proviene dalla Dichiarazione dell'UNESCO sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future<sup>93</sup>: «Le generazioni presenti hanno la responsabilità di sorvegliare affinché i bisogni e gli interessi delle generazioni future siano pienamente salvaguardati» (art. 1); ancora, e in merito alla protezione dell'ambiente: «1. Affinché le generazioni future possano beneficiare della ricchezza

<sup>92</sup> Adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO il 12 novembre 1997.

<sup>93</sup> Osserva al riguardo AMENDOLA, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 24 ottobre 2019, che la giurisprudenza «formatasi a proposito del valore ambiente si è sempre orientata verso un concetto ampio e onnicomprensivo senza fare alcuna distinzione del genere»; l'aggiunta degli ecosistemi, così come della biodiversità, nella formula enunciativa dell'ambiente come diritto fondamentale, potrebbe essere «un elemento di confusione rispetto al concetto di unitarietà e interezza dell'ambiente». Nello stesso senso i rilievi di D'AMICO, cit., che pone in luce come una previsione eccessivamente dettagliata non si adatti «pienamente ad una norma di rango costituzionale la quale ha il compito di sancire regole chiare e precettive, ma deve allo stesso tempo stabilire previsioni di ampio respiro che possano modularsi in relazione a futuri cambiamenti sociali».

offerta dagli ecosistemi della Terra, le generazioni presenti dovrebbero agire per uno sviluppo durevole e preservare le condizioni della vita e in particolare la qualità e l'integrità dell'ambiente. 2. Le generazioni presenti dovrebbero vegliare affinché le generazioni future non siano esposte agli inquinamenti che rischierebbero di mettere in pericolo la loro salute o l'esistenza stessa. 3. Le generazioni presenti dovrebbero preservare per le generazioni future le risorse naturali necessarie al mantenimento della vita umana e al suo sviluppo. 4. Le generazioni presenti dovrebbero, prima di realizzare qualsiasi progetto di rilievo, prendere in considerazione le possibili conseguenze per le generazioni future» (art. 5).

È utile, infine, richiamare l'art. 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: «Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità».

Il primo dovere di ogni uomo verso la casa comune è preservare le risorse indispensabili a garantire l'esistenza delle generazioni future.

*b) Sulla nozione di ambiente e sulla tutela degli animali.*

In molte relazioni si sottolinea la mancanza di una definizione di ambiente (S.1627/2019) e, il più delle volte, nelle proposte e disegni, la parola ambiente è accompagnata da altre, in funzione integrativa o esplicativa. La terminologia utilizzata è la più varia: si utilizzano in maniera quasi alternativa termini quali "ecosistema", "biodiversità", che non sono "altro" rispetto all'ambiente, ma "sono" l'ambiente<sup>94</sup>.

La 18<sup>a</sup> legislatura, così ricca di proposte e disegni di legge per la tutela costituzionale dell'ambiente, annovera anche un disegno di legge, C.1744<sup>95</sup>, finalizzato a introdurre nel codice civile la definizione della nozione di ambiente, così formulata: «1. L'ambiente oggetto della tutela prevista nell'articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione e nel presente decreto legislativo si riferisce al sistema di relazioni tra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici. Vi rientrano, tra gli altri:

<sup>94</sup> C.1744 - 18<sup>a</sup> Legislatura On. Giuseppe D'Ippolito (M5S) e altri *Modifiche al codice civile in materia di classificazione e regime giuridico dei beni, nonché definizione della nozione di ambiente*. 4 aprile 2019: Presentato alla Camera - 11 novembre 2019: Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

<sup>95</sup> V. sul punto MADDALENA, cit., per il quale il concetto di ambiente, che comprende quello di paesaggio, è complesso e dinamico, giacché l'ambiente è la biosfera e di questa ripete i caratteri di molteplicità, interazione e continuo movimento degli elementi. D'altra parte, poiché la biosfera appartiene a tutti, con riferimento al diritto all'ambiente appare opportuno parlare di un diritto di appartenenza di proprietà comune o pubblica. L'A. richiama, al riguardo, la giurisprudenza della Corte costituzionale (il riferimento è, in particolare, a Corte cost. n. 118 del 2019), che ha «ragionato dell'ambiente quale "bene comune" e "di primaria importanza" per la vita sociale ed economica».

il paesaggio; l'aria; i suoni e i rumori, gli odori; i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti, i laghi e le altre acque; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane, i ghiacciai e le nevi perenni e no; il mare e i fondali marini; i lidi e i tratti di costa; la fauna selvatica e la flora tutta; i campi e l'agricoltura e le pratiche agricole. 2. I beni compresi nella definizione di ambiente di cui al comma 1 appartengono alla categoria dei beni comuni di cui all'articolo 812-*bis* e seguenti del codice civile».

È evidente la difficoltà di codificare una nozione che sia davvero espressiva del fenomeno nella sua interezza; restano ampi spazi aperti alla discussione sui temi e sui termini, che di volta in volta vengono in evidenza, dalla problematica relativa alla ricomprensione del paesaggio nella nozione di ambiente a quella dei beni comuni<sup>96</sup>.

I tentativi di codificazione, come quello sopra descritto, e la ricorrente segnalazione, nelle relazioni ai progetti di legge, dell'assenza, sul piano definitorio, di una nozione di ambiente sono indice di un disagio verso un concetto irriducibile in termini onnicomprensivi. Può qui riproporsi il tentativo, già sperimentato da chi scrive<sup>97</sup>, di ricavarne il contenuto dalla nozione di danno, muovendo dai riferimenti normativi contenuti nel Codice ambientale, ultimo intervento legislativo in materia. Al riguardo, le norme fondamentali di riferimento sono due: gli artt. 300 e 311.

L'art. 300 è, per l'appunto, intitolato al *Danno ambientale* e contiene, al primo comma, una definizione di danno ambientale coincidente con il deterioramento delle risorse naturali e delle utilità da queste arretrate: «È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima».

La definizione, a carattere generale, viene poi specificata dal comma successivo, che detta un'elencazione di fattispecie di danno ambientale, costruite ai sensi della direttiva 2004/35/CEE.

All'ampia previsione del primo comma (dal cui ambito di operatività, a stretto tenore letterale della disposizione, restano comunque esclusi il paesaggio e i beni culturali) segue, dunque, una analitica e documentata<sup>98</sup> elencazione delle risorse la cui lesione comporta danno ambientale «giuridicamente rilevante».

Va in primo luogo rilevato che la norma in questione dà attuazione alla direttiva comunitaria che espressamente richiama<sup>99</sup>: anche la formulazione letterale, dunque,

<sup>96</sup> V., al riguardo, le considerazioni già svolte in *Danno all'ambiente e danno alla persona*, cit., p. 142 ss.

<sup>97</sup> Si vedano i riferimenti alle singole normative di settore quali, ad es., le «direttive *habitat*».

<sup>98</sup> Recita la norma: «*Ai sensi della direttiva 2004/35/CE costituisce danno ambientale [...]».*

<sup>99</sup> Si vedano, al riguardo, le osservazioni di A.FERRI, *Prospettive civilistiche e danno ambientale. Prevenzione e riparazione nel cosiddetto Codice dell'ambiente*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 397: «la definizione di danno ambientale assume una importanza fondamentale non solo per circoscrivere l'ambito di applicazione della nuova normativa, ma anche ai fini della corretta individuazione del bene giuridico che si intende tutelare».

ripete la tecnica normativa del legislatore comunitario, che riflette un'impostazione tecnicistica e di settore.

Occorre segnalare, poi, come la previsione sia eccessivamente restrittiva, pur nella molteplicità delle ipotesi previste, e come la dettagliata elencazione delle singole componenti del danno ambientale non sia in realtà esaustiva della intera, possibile, casistica di eventi pregiudizievoli all'ambiente. Così, ad es., non compare, come ipotesi tipica di danno ambientale prevista dall'art. 300, l'inquinamento atmosferico. Non vi è dubbio, però, che esso costituisca danno ambientale ai sensi del Codice dell'ambiente: la tutela dell'aria e la riduzione delle emissioni in atmosfera sono espressamente previste e disciplinate dalla Parte quinta del d.lg. n. 152 del 2006.

Se davvero l'elencazione di cui all'art. 300 fosse esaustiva delle possibili ipotesi di danno ambientale, attraverso una rigida elencazione delle sue componenti, ci troveremmo di fronte ad una norma che fornisce, sebbene in maniera indiretta, una nozione di ambiente<sup>100</sup> sostanzialmente coincidente con la "sommatoria" delle risorse naturali. Infatti, se danno all'ambiente è lesione di determinati beni, e unicamente di questi, argomentando *a contrario* solo questi beni costituiscono l'ambiente. Così, però, non è, come conferma proprio il successivo art. 311, che sembra accogliere, invece, una nozione ampia di danno, la medesima che è alla base della legge n. 349 del 1986 e che dà corpo all'art. 18: una disposizione, dunque, di ampia portata, quanto alla previsione di danno, che si discosta di gran lunga dalla tecnica utilizzata dal legislatore comunitario, e che sembra presupporre una idea di danno come pregiudizio del valore ambiente in sé e non come lesione specifica, e tipicamente prevista, delle sue singole e normativamente individuate componenti.

La giurisprudenza della Suprema Corte, nell'interpretare le recenti disposizioni, accoglie quest'ultima nozione di danno<sup>101</sup>, in continuità con quanto affermato, in due occasioni, dalla Corte costituzionale nel 1987<sup>102</sup>.

Nella prima<sup>103</sup>, la Corte definisce l'ambiente come diritto fondamentale della persona e interesse fondamentale della collettività ed esprime «una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, e il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo e territorio in tutte le sue componenti), l'esistenza e la preservazione dei

<sup>100</sup> Cass. pen., 6 marzo 2007, n. 16575, cit., p. 407: «questa Corte ha ribadito la peculiarità del danno ambientale, pur nello schema della responsabilità civile, rilevando che esso consiste nell'alterazione, deterioramento, distruzione, in tutto o in parte dell'ambiente, inteso quale insieme che, pur comprendendo vari beni appartenenti a soggetti pubblici o privati, si distingue ontologicamente da questi e si identifica in una realtà immateriale ma espressiva di un autonomo valore collettivo che costituisce, come tale, specifico oggetto di tutela dell'ordinamento» (il riferimento è a Cass., 9 aprile 1992, n. 4362, in *Mass. Giur. it.*, 1992).

<sup>101</sup> Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., e Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, cit.

<sup>102</sup> Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., c. 346.

<sup>103</sup> Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, cit., c. 706.

patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale e in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni».

Con la successiva sentenza<sup>104</sup>, la Corte ricostruisce la nozione di ambiente quale «bene immateriale unitario, sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela ma tutte sono riconducibili a unità». Tale scomposizione attiene, però, al momento della fruizione e, più precisamente, alle modalità di fruizione e alla loro tutela, e nulla toglie all'unitarietà del bene, che viene protetto in quanto tale, in quanto "uno", «come elemento determinativo della qualità della vita».

A queste conclusioni si perviene, d'altro canto, anche sulla base di un'interpretazione sistematica delle norme in tema di tutela dell'ambiente, poste con la nuova normativa.

L'art. 2 del Codice ambientale, infatti, che, a tenore della sua rubrica, esplicita le «finalità» della legge, pone «come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualità della vita umana da realizzare attraverso la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse umane». L'ampia dimensione della previsione, il riferimento alla qualità della vita e, soprattutto, l'espressa codificazione della relazione tra qualità della vita e condizioni ambientali inducono a ritenere che sia danno all'ambiente ogni deterioramento o alterazione di questa relazione. Riemerge, nelle parole del legislatore del 2006, quell'idea, sacralizzata nelle sentenze della Corte costituzionale del 1987, dell'ambiente come elemento determinativo della qualità della vita; a conferma della quale si pone una lettura sistematica dell'art. 2 e dell'art. 3-bis del Codice ambientale, ai sensi del quale «i principi generali in tema di tutela dell'ambiente» sono «adottati in attuazione degli articoli 2, 3, 9, 32, 41, 42 e 44, 117 commi 1 e 3 della Costituzione», lettura che induce a definire l'ambiente come elemento determinativo della qualità della vita.

Il cammino, iniziato da una normativa speciale e di settore, prosegue e, con una riflessione maggiore, conduce al dettato costituzionale di cui all'art. 2 Cost.: l'art. 2 del Codice ambientale, infatti, in quanto norma espressamente finalizzata a sancire sul piano della politica ambientale la promozione dei livelli della qualità della vita, deve leggersi alla luce della più ampia garanzia dello svolgimento della personalità e dell'adempimento dei doveri di solidarietà (politica, economica e sociale) di cui

<sup>104</sup> OLIVETTI RASON, *Tutela dell'ambiente*, cit., p. 700. D'AMICO, cit., pone in luce la centralità della collocazione dell'ambiente tra i principi fondamentali, poiché «un conto è inserire il riferimento alla tutela dell'ambiente nella definizione dei rapporti tra la potestà legislativa statale e la potestà legislativa regionale [...] altro conto è scolpire la tutela del bene ambiente direttamente nell'art. 9 Cost., tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale».

all'art. 2 della Costituzione, così come espressamente indica, d'altro canto, il successivo art. 3-bis. Spunti riflessivi in tal senso provengono, come si è già avuto modo di sottolineare, dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che inserisce nel capo IV, ugualmente intitolato alla «Solidarietà», la previsione relativa alla *Tutela dell'ambiente* (art. 37). Il ruolo centrale dell'art. 2 della Costituzione è stato sottolineato anche in sede di rilettura delle norme in materia di ambiente a seguito della riforma dell'art. 117<sup>105</sup>: l'espressa previsione costituzionale della tutela dell'ambiente ne accentuerebbe la rilevanza sotto il duplice profilo del diritto dell'uomo all'ambiente, come garanzia di uno *standard* qualitativamente elevato della condizione di vita, e come dovere dell'uomo verso l'ambiente, di solidarietà politica, economica e sociale, al fine di garantire il pieno sviluppo della personalità umana. Dal codice alla Costituzione<sup>106</sup>.

Solo un cenno alla protezione degli animali. Il suo inserimento nella Carta fondamentale contribuirebbe alla definizione di un sistema completo e perfetto sotto il profilo della tutela della vita, non solo umana, ma di tutte le specie viventi<sup>107</sup>. Gli animali, dunque, protetti come esseri senzienti<sup>108</sup> e non solo in quanto componenti del "bene ambientale"<sup>109</sup>, che, nella concezione unitaria espressa dalla Corte costituzionale nel 1987, comprende anche «la esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso

<sup>105</sup> «Riconoscere alla tutela dell'ambiente il carattere di valore costituzionale costituisce il coronamento di un percorso di tutela sempre più consapevole, incisivo, avanzato, che colloca l'ambiente tra i valori primari dell'ordinamento repubblicano, e la sua assunzione tra i principi fondamentali. La qualifica di "valore costituzionale" indica la rilevanza che l'ordinamento attribuisce al bene giuridico *ambiente*, la funzione che è destinato a svolgere nel contesto istituzionale, la scala di priorità nella quale è collocato nei confronti di altri beni giuridici ed interessi pubblici da tutelare, l'intensità e l'estensione della tutela»: DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore*, cit., p. 1.

<sup>106</sup> Cass. pen., 30 gennaio 2017, n. 46365, in *deaprofessionale.it*: «Il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 727 c.p., è costituito non dalla integrità fisica dell'animale, bensì dalla sua stessa condizione di essere vivente perciò meritevole di tutela in relazione a tutte quelle attività dell'uomo che possano comportare, anche soltanto per indifferenza o negligenza od incuria, l'inflizione di inutili sofferenze. Di talché deve ritenersi di rilevanza penale la detenzione di un uccello all'interno di una gabbia dalle dimensioni particolarmente ridotte rispetto alla sua stazza, tale da non consentirgli neppure la piena apertura delle ali, né una sia pur modesta possibilità di movimento, del tutto irrilevante risultando l'assenza di lesioni o l'integrità delle sue condizioni di salute».

<sup>107</sup> Cass. pen., 21 marzo 2017, n. 20934, in *deaprofessionale.it*: «Nei delitti contro il sentimento per gli animali, ai fini della confisca prevista dall'art. 544 *sexies*, cod. pen., l'animale rileva non come corpo del reato o cosa ad esso pertinente, né come bene patrimoniale produttivo di frutti, ma esclusivamente come essere vivente dotato, in quanto tale, di una propria sensibilità psico-fisica».

<sup>108</sup> V., al riguardo, le affermazioni di CERINI, cit.: «A questo proposito, ritengo che sia senza dubbio fondamentale l'individuazione espressa ed esplicita del bene o del soggetto tutelato, quindi l'individuazione autonoma dell'ambiente, da un lato, e degli animali dall'altro come entità disgiunte. In altri termini, la scelta di isolamento della posizione dell'animale appare preferibile, non ritenendo sufficiente la sussunzione della posizione dell'animale nel riferimento all'ambiente, e relativa tutela».

<sup>109</sup> Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., c. 346.

vivono allo stato naturale»<sup>110</sup>. Muta la relazione uomo-animale e il cambiamento riflette una differente concezione dell'animale, non più semplice "oggetto", «verso cui si è esplicitato il senso di pietà e di protezione dell'uomo, quando non anche di affetto, verso gli esseri inferiori»<sup>111</sup>, ma essere senziente, la cui dignità va riconosciuta e protetta. Il legislatore, che standardizza e indirizza comportamenti umani, ha preso atto di questa nuova cultura, traducendo, in principi normativi, una realtà che già appartiene alla coscienza sociale: il rispetto dell'animale come essere vivente, che non può essere trattato o maltrattato a proprio piacimento, come una cosa, al pari delle altre cose di appartenenza. La protezione degli animali, infatti, non è estranea al nostro ordinamento e la normativa<sup>112</sup>, civilistica e penale, compone un sistema che, con la riforma costituzionale, troverebbe una formalizzazione al massimo livello della gerarchia delle fonti<sup>113</sup>.

*c) Sull'ambiente come diritto fondamentale.*

L'inserimento del dato testuale in Costituzione porta con sé la domanda se sia necessaria la previsione espressa di una norma per riconoscere all'ambiente la natura di diritto fondamentale<sup>114</sup>.

La risposta non è, né può essere, univoca e prevede due diversi piani di ragionamento, relativi, il primo, all'aspetto del riconoscimento formale e, il secondo, al profilo sostanziale della tutela nel sistema dell'ambiente come diritto fondamentale. La riflessione, allora, deve cogliere, in una visione d'insieme, le affermazioni della Corte costituzionale, le previsioni del nostro ordinamento, nazionale e sovranazionale, e le affermazioni di principio, sul tema ambiente, contenute in alcuni Trattati internazionali, Convenzioni, Statuti e Protocolli: i linguaggi non sono differenti, pur essendo diversa la valenza normativa, poiché in

<sup>110</sup> Così PASTINA, *Animali*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 433.

<sup>111</sup> Si veda, in tal senso, la legge 14 agosto 1991, n. 281 (art. 1: «Principi generali. 1. Lo Stato promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti ed il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale e di tutelare la salute pubblica e l'ambiente»), oltre a tutta la legislazione penale di cui non è possibile dare atto in questa sede.

<sup>112</sup> CERINI, cit., osserva che «le modifiche in discussione traducono in regola giuridica primaria una esigenza che la società esprime, volta a dare maggiore attenzione sia all'ambiente in quanto tale sia alla posizione degli animali [...]. In questo senso, anche in questo senso allora, la modifica alla Costituzione verrebbe a tradurre l'esigenza che essa divenga il luogo dei valori condivisi dalla società, ossia proprio di quei valori e principi fondamentali ai quali anche la prima parte della nostra Costituzione è dedicata». L'opportunità, anzi, meglio, la necessità della «previsione di una menzione dell'animale in costituzione» è motivata, in primo luogo, dalla necessità di eliminare le «macroscopiche incoerenze» che sotto tale profilo il nostro diritto evidenzia, anche nel confronto con gli altri ordinamenti.

<sup>113</sup> Per D'AMICO, cit., va accolta con favore l'accezione di ambiente, contenuta nei disegni di legge, quale diritto fondamentale del singolo e della collettività.

<sup>114</sup> Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., c. 346.

tutti è dato riscontrare un codice comune: il riconoscimento del valore uomo e la sua tutela.

La Corte costituzionale nel 1987 definiva l'ambiente «diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività»<sup>115</sup>, protetto «come elemento determinativo della qualità della vita»<sup>116</sup>; in particolare, si affermava, la sua protezione esprime l'esigenza di un *habitat* naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività. Ciò, com'è noto, in assenza di una specifica previsione al riguardo, ma con riferimento a, e nell'ambito di, un ordinamento che assume a valore fondamentale la persona e la solidarietà. Nel quadro di riferimento già indicato - e composto dalle norme nazionali e sovranazionali relative all'ambiente - vanno evidenziate alcune previsioni utili, ad avviso di chi scrive, a supportare e confermare la natura di diritto fondamentale dell'ambiente.

Nel *Preambolo* alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si legge (2° capoverso): «L'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà»; ed è proprio nel titolo IV della *Solidarietà* (art. 37) che trovava previsione la tutela dell'ambiente. Tale collocazione e lo stretto collegamento con la tutela della persona lasciano, ancora una volta, intravedere un concetto trasversale di ambiente, come valore che racchiude in sé altri valori e la cui tutela è strumentale alla protezione di questi.

Prosegue poi il 4° capoverso: «A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici rendendo tali diritti più visibili in una Carta».

L'affermazione sembra conciliare il profilo formale e il profilo sostanziale: i due piani di ragionamento, indicati all'inizio di questa riflessione, si riuniscono.

Il 5° capoverso del *Preambolo* afferma: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

<sup>115</sup> Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, cit., c. 706: «L'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un "habitat" naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto».

<sup>116</sup> Corte eur. dir. uomo, sez. II, 10 gennaio 2012, n. 30765, cit. (v. *retro*, nota 29).

La Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo non menziona l'ambiente, ma contiene una disposizione, l'art. 8, sulla quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fondato il riconoscimento del danno all'ambiente come danno ingiusto<sup>117</sup>.

Ancora, leggendo tra i documenti indicati dal 5° capoverso del *Preambolo*, la Carta sociale europea<sup>118</sup> non menziona né la tutela dell'ambiente né la sostenibilità, ma entrambe sono presupposti concettuali, principi, sui quali vengono poi elaborate le enunciazioni dei diritti (lavoro, sicurezza sul lavoro, salute, fanciulli, giovani e anziani, protezione sociale dei bambini, degli adolescenti e delle persone anziane). Nello stesso *Preambolo*, però, si rammenta «che lo scopo del Consiglio d'Europa è di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri per salvaguardare e promuovere gli ideali ed i principi che rappresentano il loro patrimonio comune e favorire il progresso economico sociale, in particolare *mediante la difesa e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*».

Nella parte I, all'art.11, si dichiara il diritto di ogni persona «di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile» e nella parte II, all'art. 11, si dispone il diritto alla protezione della salute<sup>119</sup>.

Vale la pena ricordare, al riguardo, come il diritto all'ambiente sia stato tradizionalmente affermato come diritto all'ambiente salubre, uno svolgimento cioè del più ampio tema della "salute". Le Sezioni Unite della Cassazione, nella storica sentenza del 1979<sup>120</sup>, sono pervenute al riconoscimento del diritto all'ambiente salubre, declinando il concetto di salute nel benessere biologico e psichico dell'uomo: tale contenuto dà vita a un diritto fondamentale dell'uomo e interesse della collettività, principio immanente all'ordinamento giuridico, la cui tutela è divenuta con la Costituzione «un fine dell'ordinamento, un valore costituzionale», il cui quadro di riferimento normativo è rappresentato dagli artt. 32 e 2 della Costituzione. Questo sviluppo del concetto di salute – e, soprattutto, il riferimento all'art. 2 – sfocia nella conclusione secondo la quale «la protezione si estende alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola, e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute: essa assume in tal modo un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui il diritto alla salute, oltre che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente

<sup>117</sup>Carta Sociale Europea (riveduta), Strasburgo, 3 maggio 1996.

<sup>118</sup> Si richiama la definizione di salute, correntemente accettata, elaborata nel 1948 dall'OMS, quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non soltanto assenza di malattia»; va segnalata, anche, la proposta di nuova definizione, presentata nel 2011 ma non ancora accolta, per la quale la salute è «la capacità di adattamento e di auto gestirsi di fronte alle sfide sociali, fisiche ed emotive».

<sup>119</sup> Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2302 ss.

<sup>120</sup> Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, cit., c.2305.

salubre»<sup>121</sup>. Tale diritto ha «la strumentazione giuridica del diritto soggettivo, anzi del diritto assoluto», tutelato alla stregua dei diritti fondamentali.

In altra più ampia prospettiva non può tacersi della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, la quale, pur non facendo menzione del diritto all'ambiente salubre, contiene enunciati di grande valenza, finalizzati a garantire un'esistenza conforme alla dignità che è propria di ogni essere umano<sup>122</sup>. Così, non avrebbe altro senso, se non quello di un'affermazione priva di contenuto, affermare il diritto alla vita se non si riconoscesse a monte il diritto a condizioni esistenziali che ne garantiscano la effettività (possibilità della vita stessa e sua qualità).

Nella stessa visuale vanno lette le disposizioni di cui agli artt. 11 e 12 del *Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali*<sup>123</sup>, che riconoscono – e ne garantiscono l'attuazione – non soltanto «il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato», ma anche «il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire»; tra le misure per l'attuazione di tale diritto è compreso «il miglioramento di tutti gli aspetti dell'igiene ambientale e industriale».

Se poi si sofferma l'attenzione, in particolare, sul 3° capoverso del *Preambolo* della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, ai sensi del quale «è indispensabile che i diritti umani siano protetti da norme giuridiche, se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione», non può non cogliersi, ancora una volta, come profilo formale e profilo sostanziale dell'affermazione del diritto all'ambiente siano i due aspetti della stessa medaglia: la disposizione opera la saldatura tra i due piani, quello del riconoscimento formale e quello del riconoscimento sostanziale, come principio

<sup>121</sup> Art. 3: «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona»; art. 22: «Ogni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità»; art. 27, comma 1: «Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici»; art. 29, comma 1: «Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità».

<sup>122</sup> *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966, ed entrato in vigore dal 3 gennaio 1976.

<sup>123</sup> Le proposte di legge, pone in luce D'AMICO, cit., si pongono «coerentemente in linea con il diritto internazionale dei diritti umani che, principalmente con norme di *soft law*, nell'ambito delle Nazioni Unite, sin dalla conferenza di Stoccolma, ha inaugurato un nuovo approccio integrato alla tutela dell'ambiente, riconoscendo il diritto dell'uomo a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente la cui qualità gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere».

immanente nel sistema, a prescindere dall'esistenza di una norma giuridica che lo formalizzi<sup>124</sup>.

La Corte costituzionale ci ha consegnato un concetto di ambiente come valore primario e assoluto, di natura trasversale, la cui protezione è imposta da norme costituzionali, gli artt. 9 e 32; un'espressa previsione in tal senso integrerebbe il quadro, facendo emergere sotto il profilo formale ciò che già è nel sistema. La dottrina ha ricordato come resti imprescindibile il punto di riferimento positivo, «quale che sia l'idea di diritto fondamentale di cui ciascuno di noi si faccia portatore»<sup>125</sup>. L'art. 2 della nostra Costituzione, cui la comune opinione fa riferimento, non dà la definizione di diritto fondamentale. Un punto fermo, tuttavia, può essere segnato, «definendo i diritti fondamentali quali i bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento (e [...] l'effettiva tutela) non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa. Solo così i diritti fondamentali possono infatti porsi a fondamento della comunità politica organizzata»<sup>126</sup>. Non vi è dubbio che l'ambiente, in quanto elemento determinativo della qualità della vita - così come afferma la Corte costituzionale -, integri questi caratteri. Si è posta in luce la centralità del ruolo che è chiamata a giocare la legge costituzionale nel riconoscimento di nuovi diritti fondamentali<sup>127</sup>, che configurano la «più alta forma di garanzia giuridica a presidio delle sfere di libertà fondamentali o delle pretese a prestazioni sociali connesse al pieno sviluppo della persona»<sup>128</sup>.

Ora, la qualifica come fondamentali di tali bisogni o diritti non può che avvenire attraverso il riconoscimento di norme altrettanto fondamentali<sup>129</sup>: una norma

<sup>124</sup> RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *gruppodipisa.it*, 2, 2016, p. 3.

<sup>125</sup> RUGGERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>126</sup> BALDINI, «*Che cosa è un diritto fondamentale*». *La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2016, p. 14 ss.; RUGGERI, *op. cit.*, p. 5.

<sup>127</sup> BALDINI, *op. cit.*, p. 1.

<sup>128</sup> Scrive RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali*, cit., p. 6: «Ora, fondamentali essendo i bisogni o diritti suddetti, fondamentali non possono che essere altresì le norme che li "riconoscono". L'una cosa si specchia nell'altra, determinandone il complessivo, peculiare regime (ad es., secondo opinione corrente, che pure a mia opinione richiederebbe non poche né secondarie precisazioni teoriche, portando a considerare come insuscettibili di revisione gli enunciati costituzionali relativi ai diritti)»; PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, cit., p. 45.

<sup>129</sup> V., al riguardo, le osservazioni di BALDINI, «*Che cosa è un diritto fondamentale*», cit., p. 32: «Una nuova frontiera di sviluppo dei diritti fondamentali delineano anche i cd. diritti di terza generazione (diritto allo sviluppo sostenibile, diritto all'acqua, alle risorse alimentari, etc.) i quali trovano per lo più espressione in trattati internazionali, ed hanno più stretta attinenza ad interessi collettivi generali come ad istanze di solidarietà umana. La pretesa al rispetto ed allo sviluppo della pace, che trova una qualche corrispondenza all'interno della Carta costituzionale (art. 11 Cost.), come pure la tutela dell'ambiente (artt. 9 e 32 Cost.), oltre alla preservazione di Beni rientranti nel patrimonio comune dell'umanità; il diritto allo sviluppo; il diritto alla trasparenza amministrativa, il diritto alla riservatezza dei dati telematici, si tratta di pretese che vanno ben oltre la dimensione elementare della tutela individuale. La novità di tali diritti sta, dunque, nel nesso funzionale che lega, in qualche modo, la natura fondamentale del diritto ad un generale principio di responsabilità comunitaria, anche

costituzionale dedicata all'ambiente, e con esso allo sviluppo sostenibile, ne formalizzerebbe la tutela alla stregua di diritto fondamentale, tutela che oggi si ottiene con il ricorso ad altre norme (artt. 9 e 32 Cost.)<sup>130</sup>.

Un noto studio di diversi anni fa inquadrava il diritto all'ambiente tra i diritti della personalità<sup>131</sup>. A tale risultato si perveniva muovendo da una considerazione sistematica di principi rinvenibili nella Costituzione, più che dall'individuazione di singole norme, quali gli artt. 9 e 32 Cost., che scontano il limite di riferirsi a singoli aspetti dell'interesse tutelato (paesaggio, salute); si arriva, così, all'affermazione di un generale diritto all'ambiente, da classificare tra i diritti fondamentali della persona, poiché la salubrità dell'ambiente costituisce presupposto essenziale dell'esplicazione della personalità e dello sviluppo della persona umana<sup>132</sup> e ciò anche indipendentemente dall'espressa previsione di una norma costituzionale<sup>133</sup>, essendo sufficiente, a tal fine, la previsione dell'art. 2, la cui ampia formulazione ha consentito il riconoscimento di molteplici diritti della personalità. Ciò che deve ritenersi rilevante, dunque, non è una specifica disposizione costituzionale, ma un'interpretazione dell'art. 2 coerente con l'affermazione del principio dalla medesima norma espresso: la tutela di tutti i valori e i beni intimamente connessi alla persona<sup>134</sup>. In tal senso, è da leggersi conferma nell'espressa garanzia costituzionale del paesaggio e della salute, beni e valori direttamente connessi alla persona e all'ambiente.

In termini conclusivi, dunque, l'inserimento nella Costituzione di una norma che contempra espressamente la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale si pone a completare un percorso la cui evoluzione vede la giurisprudenza della Corte

---

nell'intento di contenere - se non proprio neutralizzare - i rischi che l'affermarsi del nuovo ordine economico globale è in grado di recare soprattutto per la parte più debole dell'umanità».

<sup>130</sup> PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979.

<sup>131</sup> PATTI, *op. cit.*, pp. 19-20.

<sup>132</sup> PATTI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>133</sup> PATTI, *op. cit.*, p. 28.

<sup>134</sup> Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit. Fortemente critico nei confronti di questa posizione è CECCHETTI, *Audizione informale Senato - Commissione affari costituzionali*, 16 gennaio 2020, per il quale la pronuncia del Giudice costituzionale, oltre che risalente, non ha mai trovato conferma in pronunce successive né riscontri legislativi. L'A. propone, dunque, una qualificazione della tutela dell'ambiente e degli ecosistemi alla stregua di «valore costituzionale, oggetto di politiche pubbliche al pari degli altri interessi pubblici contemplati nell'art. 9», e non come diritto fondamentale della persona. Quest'ultima qualificazione darebbe, per PORENA, cit., un'impronta «schiettamente antropocentrica» alla norma deputata a formalizzare l'ambiente come diritto fondamentale della persona e interesse della collettività; sarebbe opportuno, dunque, che tale formula venisse stemperata con l'aggiunta della parola «anche» prima di diritto fondamentale, al fine «di addolcire il portato assai orientato che ne deriverebbe».

costituzionale del 1987 segnare un punto fermo, definendo l'ambiente come diritto fondamentale della persona<sup>135</sup>; ad esse fa riferimento la giurisprudenza successiva, incline a riconoscere la possibilità di configurare in capo al singolo una situazione di diritto soggettivo alla fruizione dell'ambiente. Indicazioni in tal senso, di grande momento, provengono dalla giurisprudenza, soprattutto penale, che, pronunciandosi in tema di legittimazione<sup>136</sup> delle associazioni ambientaliste a costituirsi *iure proprio* nel giudizio per danno ambientale, ha riaffermato la triplice dimensione<sup>137</sup>, pubblica, personale e sociale, del danno ambientale quale lesione del diritto fondamentale all'ambiente salubre di ogni uomo e delle formazioni sociali in cui si sviluppa la sua personalità<sup>138</sup>.

Il diritto all'ambiente, dunque, è diritto fondamentale<sup>139</sup> e come tale si colloca, con assoluta certezza, tra i diritti della persona a contenuto non patrimoniale.

<sup>135</sup> Cass. pen., sez. III, 3 ottobre 2006, n. 36514, in *Amb. svil.*, 2007, p. 1026 ss.: «anche, la persona singola o associata e non solo i soggetti pubblici sono legittimati al risarcimento del danno ambientale in nome dell'ambiente come *diritto fondamentale di ogni uomo* e valore di rilevanza costituzionale»; Cass. pen., sez. II, 25 maggio 2007, n. 20681, in *CED*, 2007; Cass. pen., sez. III, 21 ottobre 2010, n. 41015, *ivi*, 2010.

<sup>136</sup> «Il danno ambientale risarcibile presenta una triplice dimensione: personale quale lesione del fondamentale diritto all'ambiente salubre da parte di ogni individuo; sociale quale lesione del diritto all'ambiente nelle articolazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità umana; pubblica quale lesione del diritto-dovere pubblico spettante alle istituzioni centrali e periferiche»: Cass. pen., sez. III, 5 aprile 2002, n. 22539, in *Giur. it.*, 2003, p. 696; tale ultimo principio è stato successivamente ribadito da Cass. pen., 2 dicembre 2004, n. 46746, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 181 e Cass. pen., 25 maggio 2007, n. 20681, cit.

<sup>137</sup> In questi termini anche il Cons. St., sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635, in *dirittodeiservizi pubblici.it*, 2019: «La tutela e la salvaguardia dell'ambiente, già presente fra i principi fondamentali della Costituzione italiana mediante la previsione di cui all'art. 9, ha assunto una valenza sempre più fondamentale anche sulla spinta del diritto europeo, ed un esercizio esegetico ampliativo della portata dell'art. 32 Cost. ha consentito di estendere l'ambito della tutela garantita alla salute pubblica anche mediante le certificazioni di prodotto [...], sino a ricomprendervi il "diritto alla salubrità dell'ambiente" [...] e la stessa Corte Costituzionale italiana ha inquadrato l'ambiente nell'ambito dei valori costituzionalmente protetti, come una sorta di materia "trasversale" in ordine alla quale si manifestano competenze diverse tanto attinenti allo Stato, quanto spettanti alle singole Regioni»; Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2014, n. 5045, in *ambientediritto.it*: «Nel sistema di cui all'art. 9 Cost., e della disciplina comunitaria, la salvaguardia dell'habitat nel quale l'uomo vive, assurge a valore primario ed assoluto, in quanto attribuisce ad ogni singolo un autentico diritto fondamentale della personalità umana. A tali fini, l'ambiente rileva non solo come paesaggio, ma anche come assetto del territorio, comprensivo di ogni suo profilo, e finanche degli aspetti scientifico-naturalistici (come quelli relativi alla protezione di una particolare flora e fauna), pur non afferenti specificamente ai profili estetici della zona».

<sup>138</sup> BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica - I soggetti*, Milano, 1990, p. 146 s.: «La norma costituzionale che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo è particolarmente importante in quanto si pone come una clausola generale di tutela essenziale della persona umana. L'opinione secondo la quale si tratterebbe di una formula di rinvio ai singoli diritti specificamente menzionati priva la norma di un suo autonomo significato e soprattutto non tiene conto dell'esigenza che in essa si esprime: e cioè l'esigenza della tutela integrale dell'uomo attraverso la tutela di tutti quegli interessi che gli sono essenziali alla stregua della coscienza sociale».

<sup>139</sup> La norma costituzionale, in realtà, è parte integrante della disciplina destinata a regolare il caso concreto, sì che la tecnica del "combinato disposto" tra norma costituzionale di principio e regola ordinaria di dettaglio vale a scongiurare che la Costituzione «sia letta e interpretata alla luce della legge ordinaria, in una sorta di

Con le modifiche proposte nei progetti di legge di revisione costituzionale si realizzerebbe una sorta di “adeguamento” della Costituzione al Codice dell’ambiente, ma è evidente, per le considerazioni sopra svolte, che così non è, perché è il Codice di settore che attua e traduce, in un articolato normativo, un valore che è nel nostro sistema costituzionale<sup>140</sup>. Forse l’aspetto più rilevante dell’introduzione esplicita e formale della tutela dell’ambiente nella Costituzione è proprio nella separazione, con la formalizzazione in due disposizioni distinte, tra diritto all’ambiente e diritto alla salute, con conseguenze rilevanti anche sotto il profilo della tutela risarcitoria<sup>141</sup>.

Sul piano del bilanciamento<sup>142</sup>, poi, un’ultima conclusiva considerazione (che meriterebbe ben altro approfondimento): la mancanza, nella costituzione, di una

---

bidirezionalità ermeneutica foriera di grosse ambiguità». Così, P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 498.

<sup>140</sup> Pone in Evidenza AZZARITI, cit., come, sebbene il processo di “soggettivizzazione” del diritto all’ambiente «abbia portato a considerarlo alla stregua di un diritto soggettivo perfetto», non sempre tale diritto possa essere fatto valere, soprattutto nei rapporti con i terzi. Afferma, poi, la necessità che si configuri anche un dovere, «una responsabilità orizzontale (che coinvolge tutti i soggetti dell’ordinamento giuridico, siano privati o pubblici) nei confronti di tutti gli altri individui e collettività». Il profilo della doverosità della tutela ambientale, affidata all’ordinamento, è rimarcato anche da PORENA, cit., che sottolinea come proprio l’enunciazione di un principio di doverosità in capo alla Repubblica, piuttosto che il riconoscimento di diritti in capo ad ogni consociato, sia idonea ad emancipare l’ambiente da logiche «meramente utilitaristiche, di stampo proprietario»; PALICI DI SUNI, cit., mette in risalto l’appartenenza del diritto all’ambiente alla c.d. terza generazione, che «riguarda appunto quei diritti, come il diritto all’ambiente, che spettano ai singoli ma anche alla collettività», e ciò anche al di fuori dei confini nazionali; conseguentemente, ogni individuo ha non solo il diritto, ma il dovere, come singolo e come *socius*, di conservare e migliorare le condizioni ambientali, per sé stesso, per la generazione presente e per le generazioni future.

<sup>141</sup> AZZARITI, cit., fa notare come «le modalità di elusione del diritto all’ambiente», nel nostro ordinamento, si fondano ancora sulla tecnica del bilanciamento, e come il vincolo ambientale sia stato spesso disatteso, facendo prevalere altri interessi o diritti costituzionalmente protetti che, nell’opera di bilanciamento, hanno determinato la pretermissione della tutela ambientale; pone, poi, l’interrogativo relativo ad un possibile rafforzamento della tutela ambientale nel bilanciamento, in forza, proprio, dell’introduzione di un principio fondamentale in materia ambientale. Nello stesso senso le osservazioni di AMENDOLA, cit., sull’opportunità di qualificare come fondamentale il diritto all’ambiente: il suo inserimento nella Costituzione, infatti, può portare «al possibile e frequente contrasto con altri diritti, anche costituzionalmente garantiti» (il riferimento è al caso Ilva); appare opportuno, allora, «conferire al diritto all’ambiente almeno la stessa forza attribuita al diritto alla salute (strettamente connesso), da un lato qualificandolo diritto fondamentale e dall’altro aggiungendo nell’art. 41 che, proprio in quanto tale, nessuna iniziativa economica può arrecare danno all’ambiente».

<sup>142</sup> V. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 867, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 della l. n. 231 del 2012 (che convertiva il decreto c.d. “salva-Ilva”), in quanto «la *ratio* della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all’ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l’interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»; e Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2018, p. 1295, secondo la quale: «va dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, D.L. 4 luglio 2015, n. 92 e degli artt. 1, comma 2, e 21 *octies*, D.L. 27 giugno 2015, n. 83 convertito dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, atteso che il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l’interesse alla prosecuzione dell’attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati

norma che preveda l'ambiente come diritto fondamentale non ha impedito alla corte costituzionale, in occasione del "caso ilva", di operare un discutibile bilanciamento tra diritti fondamentali e, precisamente, tra diritto all'ambiente salubre e diritto al lavoro, pronunciandosi nei termini che conosciamo (e, in maniera dissimile, a distanza di cinque anni)<sup>143</sup>.

---

alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.); la continuazione dell'attività produttiva di aziende sottoposte a sequestro è lecita a condizione che vengano tenuti in adeguata considerazione, e tra loro bilanciati, tutti i beni e i diritti costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla salute, il diritto all'ambiente salubre e il diritto al lavoro». Si rinvia, per ulteriori indicazioni e considerazioni critiche, a S.G. SIMONE, *Il danno ambientale*, cit., p. 97 ss.

<sup>143</sup> I. Calvino, *Le città invisibili*, Arnoldo Mondadori, 1993.

# PER UN SUPERAMENTO DEL FEUDALESIMO NORMATIVO NELLA GESTIONE DEL CONSUMO DI SUOLO

**Francesco Anastasi**

**ABSTRACT** [ITA]: Il concetto di consumo di suolo è definito come il processo di variazione da una copertura non artificiale (suolo non consumato) a una copertura artificiale del suolo (suolo consumato). Questo processo, tuttavia, comporta rilevanti costi ambientali che sono, anche, immediatamente traducibili in costi economici per la collettività. L'obiettivo che questo studio si pone è quello di verificare se la legislazione regionale è stata in grado di affrontare concretamente e arginare il consumo di suolo, o se è opportuno modificare l'approccio normativo e livello di regolazione della problematica.

**ABSTRACT** [ENG]: *The concept of land consumption is defined as the process of changing from a non-artificial cover (unconsumed soil) to an artificial cover of land (consumed soil). This process, however, involves significant environmental costs which are also immediately translatable into economic costs for the community. The objective that this study sets itself is to verify whether regional legislation has been able to concretely address and stem soil consumption, or whether it is appropriate to change the regulatory approach and level of regulation of the problem.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** Sulla nascita del concetto di consumo di suolo. – **3.** Sulla prospettiva europea del consumo di suolo – **4.** Cenni di diritto comparato. – **5.** Il quadro nazionale. – **5.1.** Lo status costituzionale del consumo di suolo. – **5.2.** I progetti in discussione al Parlamento. – **5.3.** Il quadro nazionale, le normative regionali. – **6.** Spunti dalle Normative Regionali. – **7.** La Legislazione sul consumo di suolo in Emilia-Romagna. – **7.1.** Introduzione. – **7.2.** La L.R. 24/2017. – **7.3.** Riuso e rigenerazione urbana: gli incentivi urbanistici. – **7.4.** Interventi di riuso e rigenerazione urbana. – **7.5.** Attuazione della riforma. – **7.6.** Alcune considerazioni a margine della Legge Regionale Emilia-Romagna sul consumo di suolo. – **8.** La legge n. 14 del 2017 della Regione Veneto. – **8.1.** Introduzione. – **8.2.** Consumo di suolo zero al 2050. – **8.3.** L’attuazione della normativa: tetti in base ai territori. – **8.4.** L’attuazione della normativa: gli strumenti urbanistici. – **8.5.** L’attuazione della normativa: interventi di demolizione e ripristino del suolo naturale. – **8.6.** Brevi considerazioni sulla Legge Regionale Veneto sul consumo di suolo. – **9.** Normative a confronto: Emilia-Romagna e Veneto. – **10.** Conclusioni. Alcune considerazioni per una legge nazionale.

*“Il pattume di Leonia a poco a poco invaderebbe il mondo, se sullo sterminato immondezzaio non stessero premendo, al di là dell’estremo crinale, immondezzai d’altre città, che anch’esse respingono lontano da sé montagne di rifiuti. Forse il mondo intero, oltre i confini di Leonia, è ricoperto da crateri di spazzatura, ognuno con al centro una metropoli in eruzione ininterrotta. I confini tra le città estranee e nemiche sono bastioni infetti in cui i detriti dell’una e dell’altra si puntellano a vicenda, si sovrastano, si mescolano”<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> La direttiva 2007/2/CE lo definisce come una classificazione del territorio in base alla dimensione funzionale o alla destinazione socioeconomica presenti e programmate per il futuro (ad esempio ad uso residenziale, industriale, commerciale, agricolo, silvicolo, ricreativo).

## 1. Introduzione.

Le molteplici forme di sfruttamento del suolo elaborate dagli esseri umani hanno portato la dottrina a considerarlo una risorsa naturale, tendenzialmente finita. Questa circostanza ha portato ad elaborare la categoria di uso e consumo di suolo. L'uso di questa risorsa è il riflesso delle interazioni tra la sua copertura e l'uomo e costituisce quindi una descrizione di come questa venga impiegato in attività antropiche<sup>2</sup>.

Viceversa, il concetto di consumo di suolo è stato definito da parte della dottrina come quella variazione del territorio da una modello di copertura non artificiale (suolo non consumato) a un modello di copertura artificiale del suolo (suolo consumato)<sup>3</sup>.

La copertura del suolo è un concetto collegato ma distinto dall'uso. Per copertura si intende, infatti, la copertura biofisica della superficie terrestre<sup>4</sup>. Nel dettaglio, ogni anno in Europa sono urbanizzati 1.000 km<sup>2</sup> con insostenibili costi economici e ambientali<sup>5</sup>.

Questo processo, tuttavia, comporta rilevanti costi ambientali che sono, anche, immediatamente traducibili in costi per la collettività<sup>6</sup>. Il c.d. *urban sprawl*<sup>7</sup>, figlio dell'individualismo capitalistico e dell'indifferenza dell'individuo nei confronti

<sup>2</sup> Cfr. Rapporto Ispra, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici Ed. 2016*; il consumo di suolo, in concreto, consiste in quella attività volta a trasformare superficie originariamente agricola, naturale o semi-naturale attraverso una copertura artificiale del terreno. Sul punto cfr. *ex multis* Cartei, G.F., *Il Problema giuridico del consumo di suolo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014.

<sup>3</sup> Una definizione viene dalla direttiva 2007/2/CE: la copertura fisica e biologica della superficie terrestre comprese le superfici artificiali, le zone agricole, i boschi e le foreste, le aree seminaturali, le zone umide, i corpi idrici. L'impermeabilizzazione del suolo costituisce la forma più evidente di copertura artificiale.

<sup>4</sup> Circa il costo del consumo di suolo si veda l'interessante lavoro di F. Carraro, *Consumo di suolo e federalismo fiscale ambientale*, riv.dir.fin., fasc. 2, 2011, pag. 231.

<sup>5</sup> Rapporto Ispra, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici Ed. 2016*; U. Mazzantini, *Consumo di suolo in Italia, il "prezzo da pagare" è quasi un miliardo all'anno*, in *greenreport.it*; Letizia Palmisano, *Consumo di suolo: il "prezzo da pagare" è di quasi un miliardo*, in *tekneco.it*; Monica Rubino, *Consumo di suolo, l'Ispra lancia l'allarme: ci costerà 800 milioni l'anno*, in *repubblica.it*.

<sup>6</sup> Per un approfondimento del tema dello *urban sprawl* si veda AA.VV. *Urban Sprawl: causes, consequences, and policy responses* (G. D. Squires edited by), 2002, The urban institute press; H. Frumkin, L. Frank, R. Jackson, *Urban Sprawl and Public Health*, IslandPress, 2004; Debra A. Miller, *Urban Sprawl*, Greenhaven Press, 25 apr 2008; Małgorzata Gutry-Korycka, *Urban Sprawl: Warsaw Agglomeration : Case Study*, Warsaw University Press, 2005; C. Couch, L. Leontidou, G. Petschel-Held, *Urban Sprawl in Europe*, Blackwell, 2007.

<sup>7</sup> Sul punto cfr. G. Mazzeo, *Dall'area metropolitana allo sprawl urbano: la disarticolazione del territorio*, *TeMA - Journal of Land Use, Mobility and Environment* 2(4), 2009; Settis S., *Paesaggio Costituzione cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Einaudi, 2010; N. Dall'Olio, *Le cause culturali del consumo di suolo*, in *Economia della Cultura*, fasc. 1, 2010.

dell'ambiente, tende ad una appropriazione senza confini e senza limiti dello spazio naturale, che, espropriato e saturato, si trasforma in spazio urbano, necessariamente antropico<sup>8</sup>. Questa vocazione, non solo italiana, ma concernente tutti i paesi industrializzati, è stata posta all'ordine del giorno nel dibattito della comunità scientifica internazionale<sup>9</sup> da anni, e pertanto va esaminata sotto il profilo del *policy making*. Grande interesse in questo contesto svolgono i *drivers* del consumo di suolo, cioè quelle cause che variamente declinate conducono alla diffusione urbana e alla impermeabilizzazione dei suoli<sup>10</sup>. Alcuni studi<sup>11</sup> individuano tra le principali cause dello *sprawl* i processi di c.d. "decentramento residenziale", cioè quei processi di svuotamento dei centri storici delle città verso le zone semi-centrali o periferiche. In questo contesto, anche i processi di de-polarizzazione e de-localizzazione delle industrie e dei servizi contribuisce allo sfruttamento e alla impermeabilizzazione di nuove aree<sup>12</sup>.

Sulla base c.d. *capability approach*<sup>13</sup> sono proprio i nuovi stili di vita e il diverso modo di pensare le relazioni città-campagna a produrre lo spostamento della popolazione verso luoghi periurbani<sup>14</sup>. L'indagine su questo fenomeno scaturisce da una comune opzione di carattere ambientale economico e sociale, e soprattutto, dalla

<sup>8</sup> In questo contesto vale la pena ricordare la produzione bibliografica di F. Indovina, se possibile *ex multis* si rimanda principalmente a *Sull'uso capitalistico del territorio* (con D. Calabi), in "Archivio di studi urbani e regionali", n. 2, 1973; *Elogio della crisi urbana* in P. Ceccarelli (a cura di), *La crisi del governo urbano*, Marsilio, Venezia, 1978; *La città diffusa* (a cura di), "Quaderno Daest" n. 1, IUAV, Venezia, 1990; *La città di fine millennio* (a cura di), Franco Angeli, Milano, 1990; *La città occasionale* (a cura di), Franco Angeli, Milano, 1993.

<sup>9</sup> Sul punto si veda il lavoro di V. Scavone, *Consumo di suolo. Un approccio multidisciplinare ad un tema trasversale*, FrancoAngeli, 2014; ancora sul problema della *sprawl* urbano, Viganoni L., *Il mezzogiorno delle città. Tra Europa e Mediterraneo*, FrancoAngeli, 2007.

<sup>10</sup> Sul punto si rimanda al lavoro di G. Dematteis e P. Bonavero, *Il sistema urbano italiano nello spazio unificato europeo*, Il Mulino, 1997; M. Bencardino e G. Iovino, *Analysing and managing urban sprawl and land take*, Discussion Papers n. 131, CELPE RePEc, 2014;

<sup>11</sup> Per una puntuale analisi sul punto si veda F. Carraro, *Consumo di suolo e federalismo fiscale ambientale*, in *Riv. Dir. Fin.*, fasc.2, 2011,

<sup>12</sup> Sul tema di veda S. Macchi, *Consumo di suolo, servizi ecosistemici e adattamento al cambiamento climatico nelle aree urbane*, ISPRA, 2013; M. Bencardino., *Consumo di suolo e spral urbano. Drivers e politiche di contrasto*, in *Bollettino della S.G.I.*, 2, 2015; sempre sullo stesso tema si veda anche AA.VV., *Recuperiamo terreno. Analisi e prospettive per la gestione sostenibile* (a cura di M. Munafò, M. Marchetti.), FrancoAngeli, 2015.

<sup>13</sup> R. Pollo, *Progettare l'ambiente urbano: riflessioni e strumenti*, Carocci editore, 2015; M. Fuschi., *Ambiente urbano e area metropolitana*, Libreria dell'università, 2000. in questo senso cfr. Sen A. *Equality of What?*. in: McMurrin S. Tanner, *Lectures on Human Values*, Volume 1. Cambridge: Cambridge University Press; 1980.

<sup>14</sup> Cfr. P. Urbani, *L'urbanistica: oltre il culto dei piani*, Relazione al Convegno AIDU Udine 29 settembre 2017 disponibile su <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/11/L%E2%80%99urbanistica-oltre-il-culto-dei-piani.pdf>.

latitanza del legislatore italiano il quale ha abbandonato la tutela del bene suolo alla legislazione regionale.

L'obiettivo che questo studio si pone è quello di verificare se la legislazione regionale è stata in grado di affrontare concretamente e arginare il consumo di suolo, o se è opportuno modificare l'approccio normativo e livello di regolazione della problematica.

## 2. Sulla nascita del concetto di consumo di suolo.

A seguito del trasferimento di numerose funzioni amministrative nel 1972<sup>15</sup>, a partire dagli anni 80 del secolo scorso, le Regioni, in virtù della potestà concorrente in materia di agricoltura e foreste di cui all'art. 117 (ante riforma), hanno emanato numerose leggi organiche in materia di governo del territorio che inglobano la disciplina delle aree agricole nel sistema di pianificazione urbanistica multilivello<sup>16</sup>.

Le aree agricole sono state tipizzate attraverso una precisa differenziazione (montane, di pianura, zone prossime a grandi centri urbani, zone soggette a spopolamento, zone ad intensa cultura e zone boschive)<sup>17</sup>.

Si è trattato di norme di disciplina sostanziale che in questo caso non hanno trovato come diretti referenti i comuni e gli strumenti urbanistici. Le norme concernevano i contenuti del piano territoriale di coordinamento provinciale riguardando una dimensione di media area — l'ambito provinciale — che permetteva una pianificazione sovracomunale al di fuori delle logiche di zonizzazione tipiche dei P.R.G..

Il piano provinciale delineava gli ambiti agricoli secondo le differenti vocazioni o lo stato di fatto e ne dettava di conseguenza la disciplina d'uso. Questo primo

<sup>15</sup> Sul tema della pianificazione urbanistica multilivello Cfr G. Guzzardo, *La regolazione multilivello del consumo di suolo e del riuso dell'abitato*, riv.it.dir.pub.com., fasc. 1, 2018.

<sup>16</sup> In questo senso si veda P. Urbani, *La disciplina urbanistica delle aree agricole*, *Urbanistica ad vocem* in Enc.Diritto 1990 disponibile su [http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Urba/Urbani\\_la-disciplina-urbanistica-delle-aree-agricole.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Urba/Urbani_la-disciplina-urbanistica-delle-aree-agricole.pdf); sempre sul tema dello stesso autore, *Governo del territorio e agricoltura. I rapporti*, Relazione al Convegno dell'IDAIC, Siena 25/26 novembre 2005.

<sup>17</sup> Si veda su questo punto M. Delli Zotti, *I piani regionali: le principali elaborazioni urbanistiche italiane dal 1942 al 1953*, Istituto universitario di architettura, Venezia, 1993, più di recente, sul tema anche, N. Assini, P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, Giappichelli, 2007; A. Capalbo, *Gli strumenti di pianificazione urbanistica*, Halley Editrice; G. Mazzeo, *Dall'area metropolitana allo sprawl urbano: la disarticolazione del territorio*, TeMA - Journal of Land Use, Mobility and Environment 2(4), 2009.

tentativo era volto a superare la dimensione urbanistica del territorio comunale e a collocare le aree agricole, nelle loro differenti caratterizzazioni, in una dimensione pianificatoria di ampio raggio che superasse i confini amministrativi dei singoli comuni<sup>18</sup>.

### 3. Sulla prospettiva europea del consumo di suolo.

Negli ultimi anni, il diritto dell'Unione Europea ha avuto modo di concentrarsi sulla questione del consumo di suolo<sup>19</sup>. La tematica è stata analizzata da tempo in seno alla elaborazione di *soft law* da parte dell'UE. La Comunità europea, già a partire dal 1972, con la Carta europea del suolo aveva evidenziato che (trad. del redattore):

- 1 *“Il suolo è uno dei beni più preziosi dell’umanità. Consente la vita dei vegetali, degli animali e dell’uomo sulla superficie della Terra.*
- 2 *Il suolo è una risorsa limitata che si distrugge facilmente.*
- 3 *La società industriale usa i suoli sia a fini agricoli che a fini industriali o d’altra natura. Qualsiasi politica di pianificazione territoriale deve essere concepita in funzione delle proprietà dei suoli e dei bisogni della società di oggi e domani”<sup>20</sup>.*

Il documento, sebbene avente natura di *soft law*, presenta natura genetica nel dibattito europeo. Successivamente, a partire dalla metà degli anni '80, l'Atto Unico Europeo introduce la politica ambientale tra le competenze concorrenti della Comunità<sup>21</sup>: l'azione comunitaria a partire da questa data diviene più sistematica.

L'atto unico Europeo consente il delinarsi di un'ampia base giuridica: le iniziative comunitarie sono efficacemente volte a rendere sostenibile lo sviluppo

<sup>18</sup> Sul tema, si veda, *ex multis* G. Perulli, *Il consumo del suolo*, Supernova, 2019.

<sup>19</sup> Disponibile, in versione originale su <https://rm.coe.int/090000168067e296>

<sup>20</sup> Si veda *inter alia* E. Orlando, *The Evolution of EU Policy and Law in the Environmental Field: Achievements and Current Challenges*, in Transworld, Working Paper 21, 2013, disponibile su [http://www.transworld-fp7.eu/wp-content/uploads/2013/04/TW\\_WP\\_21.pdf](http://www.transworld-fp7.eu/wp-content/uploads/2013/04/TW_WP_21.pdf).

<sup>21</sup> La strategia elaborata nel Consiglio europeo di Lisbona del 23/24 marzo 2000 era volta a trasformare l'Unione Europea nella “*economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale*” (par 5). Questi obiettivi, di per sé molto ambiziosi, sono stati integrati con la strategia di Göteborg del 2001. Sono stati successivamente riconosciuti con la proposta della Commissione di avviare un partenariato per la crescita e l'occupazione. Si era anche cercato un maggiore coordinamento con altre istituzioni finanziarie, tra cui la BEI e il FEI: Sul punto cfr. AA.VV. *Commentario Breve ai Trattati dell'Unione Europea* (a cura di F. Pocar e C. Baruffi), II ed., CEDAM, 2014.

economico<sup>22</sup> nel rispetto di quei valori emersi dall'opinione pubblica internazionale e riconosciuti nel diritto convenzionale internazionale<sup>23</sup>.

Questi stessi principi influenzeranno la stessa attività della Commissione Europea: è proprio in questo momento che la Comunità si prospetta l'obiettivo di accrescere la "coesione economica e sociale" anche con riferimento alla cd. coesione territoriale<sup>24</sup>. Più di recente, la questione della regolamentazione del consumo di suolo ha acquisito un peso crescente nell'agenda territoriale dell'Unione Europea.

Il tema, in ambito di fonti primarie, è stato affrontato dal legislatore europeo nei Trattati all'art. 191 del TFUE in cui è sancito il principio della "utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali"<sup>25</sup>.

Per il legislatore Europeo, la tutela dell'ambiente da parte del legislatore europeo, include anche la protezione del suolo. Parimenti all'art. 11 del TFUE viene esplicitato un altro principio in tema di gestione dell'ambiente secondo cui l'attività dell'Unione europea è volta a garantire il principio dello sviluppo sostenibile. Tuttavia nonostante l'importanza che il legislatore europeo attribuisce alla materia finora non è stata adottata alcuna disciplina vincolante<sup>26</sup>. A causa delle resistenze degli Stati membri, le Istituzioni europee hanno potuto perseguire esclusivamente un processo di elaborazione di *soft law*<sup>27</sup> che in maniera non vincolante potesse indirizzare le

<sup>22</sup> Sul punto si veda Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile disponibile su <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>; Commissione Europea, *Next steps for a sustainable European future – European action for sustainability*, 2016, scaricabile dall'indirizzo: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-3886\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3886_en.htm); Comunicazione della Commissione europea, Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'UE per lo sviluppo sostenibile, COM (2001) 264 del 15.5.2001.

<sup>23</sup> L'art. 174 TFUE modifica la disposizione di cui all'articolo 158 TCE, accostando alla promozione della coesione economica e sociale anche la promozione della coesione territoriale, in modo da promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione. Circa il concetto di coesione territoriale volto a superare la nozione di coesione economica e sociale, sul punto si veda D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, 2011.

<sup>24</sup> Cfr.

Commissione europea, *Suolo e gestione del territorio*, in [https://ec.europa.eu/environment/efe/themes/land-use-and-soil\\_it](https://ec.europa.eu/environment/efe/themes/land-use-and-soil_it); *Land Use and Forestry Proposal for 2021-2030*, in [https://ec.europa.eu/clima/policies/forests/lulucf\\_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/forests/lulucf_en). L'articolo 191 TFUE cita "l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali" come obiettivo delle politiche ambientali e l'articolo 11 TFUE dispone che "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".

<sup>25</sup> In tema si veda il lavoro di G. F. Cartei, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, op.cit. Si veda anche Direttiva-quadro proposta nel 2006 nell'ambito della OSII thematic strategy.

<sup>26</sup> Si tratta delle comunicazioni: COM 2002/179, COM 2006/231, COM 2006/232, COM 2011/244, COM 2011/571, COM 2012/46.

<sup>27</sup> Cfr. S. Salata, *Consumo di Suolo, Verso una prospettiva di integrazione tra discipline*, Centro di Ricerca sui Consumi di Suolo – CRCS, 2014.

politiche degli Stati membri verso traguardi di protezione e rigenerazione del suolo. Queste, tuttavia, hanno avuto il merito di stimolare il dibattito istituzionale e favorire l'avvio di diversi progetti di ricerca comunitari sul tema<sup>28</sup>.

Il primo significativo intervento delle Istituzioni europee in tema del consumo di suolo<sup>29</sup> è rappresentato dalla comunicazione della Commissione europea del 2002 n.179 recante *“Verso una strategia tematica per la protezione del suolo”*<sup>30</sup>. Con riferimento a questa comunicazione si è osservato che il suolo assurgerebbe sia pure indirettamente a *“supporto alla vita, agli ecosistemi, come riserva di patrimonio genetico e di materie prime, come custode della memoria storica e come elemento essenziale del paesaggio”*<sup>31</sup>. Successivamente, con la comunicazione della Commissione, rubricata *“Strategia tematica per la protezione del suolo”* del 22 settembre del 2006 n. 231<sup>32</sup> si tentava di far rientrare la tutela del suolo tra le politiche comunitarie. In questo modo si volle rafforzare l'azione comunitaria verso la salvaguardia della risorsa<sup>33</sup>.

Si ricordi come a tutt'oggi essa rappresenta il principale atto programmatico di sintesi adottato a livello euro-unitario, riconoscendo il duplice profilo funzionale del suolo: sia sotto quello naturale che di funzione sociale. In particolare sotto quest'ultimo profilo lo si riconosce come componente essenziale del paesaggio e del patrimonio culturale, pertanto in questo contesto l'Unione europea rileva come tema imprescindibile la salvaguardia del suolo. Muovendo da tali presupposti la Commissione ha delineato la strategia europea sul tema mediante l'adozione di una direttiva quadro finalizzata alla protezione e ad un uso sostenibile del suolo. La mancata approvazione della direttiva quadro del 2006 ha rappresentato un momento

<sup>28</sup> Il punto di partenza della riflessione in ambito europeo sul consumo di suolo si fa generalmente risalire all'affermazione contenuta nella Carta europea del suolo del 1972 secondo cui *“il suolo è una risorsa limitata che si distrugge facilmente”*. Sul punto *amplius* G.F. Cartei, *Il problema giuridico del consumo di suolo, op. cit.*

<sup>29</sup> COM (2002) 179, disponibile su [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>30</sup> Cfr. F.F. Guzzi, *Il contenimento del consumo di suolo alla luce della recente legislazione nazionale e regionale*, in *Riv. Giur. Urb.*, 4, 2016, p.26.

<sup>31</sup> COM (2006) 231, in [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

<sup>32</sup> Cfr. sul punto, *amplius*, per una disamina della comunicazione G. Guzzardo, *La regolazione multilivello del consumo di suolo e del riuso dell'abitato, op.cit.*

<sup>33</sup> La Commissione ha, successivamente, rilevato che la sua proposta di direttiva quadro per la protezione del suolo, risalente al 2006, che affrontava anche il tema della dimensione transfrontaliera della degradazione del suolo, era stata adottata dal Parlamento europeo in prima lettura nel novembre 2007 con una maggioranza di circa due terzi, ma era stata poi bloccata da una minoranza di Stati nel Consiglio Ambiente di marzo 2010, per ragioni legate alla sussidiarietà, ai costi eccessivi e al carico amministrativo. Cfr. Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 13 febbraio 2012, Attuazione della strategia tematica per la protezione del suolo e attività in corso, COM (2012) 46 finale, disponibile su <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/IT/1-2012-46-IT-F1-1.Pdf>.

di arresto fondamentale nel quadro di sviluppo della normativa. Essa conteneva l'enunciazione dei principi cardine cui si sarebbe dovuta conformare l'attività degli Stati membri con riferimento al governo del territorio e alla gestione della risorsa suolo<sup>34</sup>. Persa l'occasione di introdurre una normativa sistemica concernente il consumo di suolo, le istituzioni europee hanno pertanto proseguito la loro attività di normazione *soft*.

In primo luogo, con la Comunicazione del 20 settembre del 2011 n. 571 si invitano gli Stati membri a: *“integrare maggiormente l'utilizzo diretto e indiretto dei terreni, e i relativi impatti ambientali, nel processo decisionale e limitare il più possibile l'occupazione e l'impermeabilizzazione dei terreni (impegno continuativo); compiere le azioni necessarie per ridurre l'erosione e aumentare la materia organica presente nel suolo (impegno continuativo); istituire un inventario dei siti contaminati e programmare le attività di ripristino (entro il 2015)”*<sup>35</sup>. La stessa comunicazione fissa il traguardo di zero ettari di suolo occupato entro il 2050.

Con la successiva Comunicazione n. 46 del 13 febbraio 2012 recante *“Attuazione della strategia tematica per la protezione del suolo e attività in corso”*, la Commissione pur ricostruendo il percorso di attuazione della SOIL Thematic Strategy del 2006 e, ribadisce come pilastri della strategia la sensibilizzazione, la ricerca, l'integrazione e la legislazione<sup>36</sup>. Più in dettaglio, la comunicazione n. 46 del 13 febbraio 2012 recante *“Attuazione della strategia tematica per la protezione del suolo e attività in corso”*, la Commissione europea ha rilevato che nonostante l'adozione di strategie volte a garantire la protezione del suolo, l'attività volta alla degradazione del suolo sta proseguendo a ritmi eccessivamente sostenuti<sup>37</sup>. Pertanto la Commissione rilevava in quella sede la necessità di rafforzare l'impianto normativo e introdurre limiti che consentissero di raggiungere il traguardo del cd. saldo zero nel consumo di suolo (ossia un incremento dell'occupazione di terreno pari a zero intesa quale saldo tra

---

<sup>34</sup> COM (2011) n. 571, disponibile su

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0571:FIN:IT:PDF>

<sup>35</sup> Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 13 febbraio 2012, Attuazione della strategia tematica per la protezione del suolo e attività in corso, COM (2012) 46 finale.

<sup>36</sup> COM (2012) 46, disponibile su [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>37</sup> Sul saldo zero, si veda anche, *amplius*, D. Bianchi, *Il consumo di suolo in Italia*, Edizioni Ambiente, 2011.

occupazione di spazi liberi e ripristino di usi agricoli o usi semi-naturali di aree precedentemente urbanizzate ed impermeabilizzate)<sup>38</sup>.

Sempre nello stesso anno con documento generale di indirizzo (SWG (2012) n. 101)<sup>39</sup>, in particolare, si segnalava come l'Unione dovesse guidare l'azione degli Stati membri verso tre specifici obiettivi, gerarchicamente organizzati da attuare sequenzialmente:

La limitazione,

La mitigazione;

La compensazione.

Al fine di perseguire il primo obiettivo, si è ritenuto necessario incentivare il riuso nelle aree dismesse, implementare la qualità delle condizioni di vita delle grandi città, migliorare il trasporto pubblico, evitare lo sfruttamento dei suoli agricoli periurbani di qualità, nonché *“sviluppare una gestione integrata degli stabili adibiti ad uffici, co-pianificare lo sviluppo di aree commerciali, sensibilizzare amministratori e comunità locali sul problema del consumo di suolo, incentivare una gestione sostenibile del territorio specie nei piccoli comuni, usare programmi di calcolo dei costi per stabilire il potenziale sviluppo urbano”*<sup>40</sup>.

In subordine, per il caso in cui la limitazione non fosse possibile, si potrebbero incentivare strumenti di mitigazione degli impatti dell'artificializzazione<sup>41</sup>.

In ultimo, qualora le prime due opzioni non fossero sufficienti o comunque non perseguibili, queste dovrebbero essere integrate da meccanismi di compensazione. Le vie indicate dalla Commissione sono: il riutilizzo del terreno arabile scavato, il recupero di suolo attraverso la depermeabilizzazione di altre aree, lo sviluppo di un sistema di eco account o scambio di certificati di sviluppo e l'introduzione di una tassazione sull'impermeabilizzazione da usare per la protezione del terreno o per altri scopi ambientali<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. sul punto in modo più puntuale il testo delle *Guidelines on best practice to limit, mitigate or compensate soil sealing* (EC, 2012), disponibile su [https://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_en.pdf); Comunicazione della Commissione relativa alla “Strategia per limitare l'impermeabilizzazione del suolo” disponibile su [https://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_it.pdf)

<sup>39</sup> M. Bencardino, *Consumo di Suolo e sprawl urbano. Drivers e politiche di contrasto*, Bollettino della Società Geografica Italianaroma - Serie XIII, vol. VIII (2015), pp. 217-237.

<sup>40</sup> Cfr. *Guidelines on best practice to limit, mitigate or compensate soil sealing* (EC, 2012).

<sup>41</sup> In questo senso *amplius* M. G. Lucia, S. Duglio, P. Lazzarini, *Verso un'economia della sostenibilità: Lo scenario e le sfide*, FrancoAngeli, 2018.

<sup>42</sup> Commissione Europea, *Remediated Sites and Brownfields. Success Stories in Europe, 2015*, disponibile all'indirizzo: <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/remediated-sites-and-brownfields-success-stories-europe> ;

Successivamente, la riflessione e l'azione sollecitatoria della Commissione si è incentrata anche sui rischi derivanti dai cd. *brownfields*, ovvero quegli agglomerati vetero-industriali che sono stati abbandonati sul territorio una volta esaurita la loro funzione economica senza operare processi di rigenerazione del suolo<sup>43</sup>.

In concreto, in seguito all'adozione delle *Guidelines* molte delle misure suggerite dalla Commissione per contrastare il consumo di suolo sono state sperimentate e adottate nell'ambito dei paesi dell'Unione<sup>44</sup>.

Sempre sul tema, nel 2013 il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno adottato la decisione n. 1386/2013/UE, recante disposizioni "Su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 «vivere bene entro i limiti del nostro pianeta»". In dettaglio, la normativa recava alcune rilevanti disposizioni sul tema del consumo di suolo; al considerando n.19 l'Unione Europea si pone l'obiettivo di prevenire il degrado del suolo con la finalità di garantire uno sviluppo sostenibile; parimenti ai punti 6 e 8 dell'allegato unico la stessa ha sottolineato come l'uso non sostenibile dei terreni porti ad un aumento del degrado di suolo; al punto 23 dello stesso allegato l'Unione sottolinea come il traguardo del saldo zero sia l'obiettivo da raggiungere entro il 2050<sup>45</sup>.

In questo contesto, la Commissione ha inserito la "crescita inclusiva" tra le tre priorità della strategia Europa 2020<sup>46</sup>, al fine di promuovere un migliore rapporto tra le comunità e lo spazio.

Più di recente, la Commissione Europea, con Raccomandazione (UE) 2016/1318, del 29 luglio 2016, recante "orientamenti per la promozione degli edifici a energia quasi zero e delle migliori pratiche per assicurare che, entro il 2020, tutti gli edifici di nuova costruzione

Commissione Europea, Brownfield Regeneration, disponibile su [http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/39si\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/39si_en.pdf), 2013

<sup>43</sup> Cfr., ad esempio, il progetto Interreg NATREG (<http://www.natreg.eu/>); o ancora sul punto si pensi al caso di Manchester e alla costruzione dei cd. tetti verdi che possono contribuire a ridurre gli effetti negativi dell'impermeabilizzazione del suolo. Qui i tetti verdi hanno ridotto lo scorrimento superficiale di 20mm di pioggia anche del 20%. Cfr. sul punto *ex multis* G. Siebielec, *Handbook for measures enhancing soil function performance and compensating soil loss during urbanization process*, 2010, disponibile su [https://www.researchgate.net/publication/301766106\\_Handbook\\_for\\_measures\\_enhancing\\_soil\\_function\\_performance\\_and\\_compensating\\_soil\\_loss\\_during\\_urbanization\\_process](https://www.researchgate.net/publication/301766106_Handbook_for_measures_enhancing_soil_function_performance_and_compensating_soil_loss_during_urbanization_process).

<sup>44</sup> Cfr. Decisione n.1386/2013/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, disponibile su [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>45</sup> Cfr. il commento all'articolo 174 TFUE, in Commentario Breve cit., 1071. Ci si riferisce al documento COM(10)2020 del 3.03.2010.

<sup>46</sup> Cfr. Raccomandazione (UE) 2016/1318, del 29 luglio 2016, recante "orientamenti per la promozione degli edifici a energia quasi zero e delle migliori pratiche per assicurare che, entro il 2020, tutti gli edifici di nuova costruzione siano a energia quasi zero" C/2016/4392, pagg. 46-57.

siano a energia quasi zero", ha voluto tracciare delle linee operative per la costruzione e l'uso degli edifici<sup>47</sup>.

Il tutto nell'ottica di realizzare un programma di economia circolare<sup>48</sup>.

L'obiettivo, rafforzato in seguito all'approvazione del Settimo Programma di Azione Ambientale<sup>49</sup>, denominato "Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta" elaborato dal Parlamento europeo e Consiglio, 2013 che ha riproposto l'obiettivo precedente, richiedendo che "entro il 2020, le politiche dell'Unione tenessero conto dei loro impatti diretti e indiretti sull'uso del territorio"<sup>50</sup>.

Il Settimo programma di Azione Ambientale prende la forma di una Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio: sebbene tale provvedimento non abbia *ex se* valore cogente, la sua adozione tramite lo strumento dell'ordinario processo legislativo ne garantisce una importanza concreta. Il Programma sancisce i principi in materia di ambiente, con chiaro riferimento alle conclusioni della Conferenza delle Nazioni Unite sullo Sviluppo Sostenibile tenutasi a Rio de Janeiro nel giugno del 2012, la cosiddetta Rio+20<sup>51</sup>.

Il rapporto finale indica come obiettivi: la protezione, la conservazione e il miglioramento delle risorse naturali, incluso il suolo; con l'obiettivo di un "land degradation neutral world" attraverso una migliore gestione del territorio<sup>52</sup>. In questo

<sup>47</sup> Relazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sull'attuazione del piano d'azione per l'economia circolare, COM(2017), 33, 2017, 11, disponibile all'indirizzo: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/com-2017-33-f1-it-main-part-1.pdf>

<sup>48</sup> Disponibile su <https://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/it.pdf>

<sup>49</sup> Audizione dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) presso le Commissioni riunite 9 a (Agricoltura e produzione agroalimentare) e 13a (Territorio, ambiente, beni ambientali) del Senato della Repubblica, sui disegni di legge nn. 2383, 769, 991, 1181 e 1734 (consumo del suolo) Disponibile su [https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/004/466/Audizione\\_ISPRA\\_consumo\\_di\\_suolo\\_03.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/004/466/Audizione_ISPRA_consumo_di_suolo_03.pdf)

<sup>50</sup> Disponibile su <http://www.un-documents.net/rio-dec.htm>; per il documento precedente Dichiarazione di Stoccolma del 1972 si può consultare <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>

<sup>51</sup> Sul punto si veda il lavoro di A. Luise, M. Di Leginio, F. Fumanti, *Strumenti internazionali per la gestione sostenibile del suolo, atti del convegno recuperiamo terreno*, Milano 6.05.2015, Ispra, 2015.

<sup>52</sup> "A maggio 2018 la Commissione europea ha presentato le proposte del nuovo bilancio europeo e dei Regolamenti riferiti alla Politica di coesione 2021-2027, dando così formalmente avvio alle attività per la definizione del quadro di riferimento finanziario e normativo della futura programmazione europea.

Il budget proposto dalla Commissione, che tiene conto dell'uscita del Regno Unito, ammonta complessivamente a 1.279 miliardi di euro, pari all'1,11% del Reddito Nazionale Lordo dell'UE-27.

Il 6% della dotazione del Fondo FESR sarà destinato ad investimenti per lo sviluppo urbano sostenibile a livello nazionale.

Il quadro finanziario relativo al periodo 2021-2027 introduce inoltre l'iniziativa europea Urban, un nuovo strumento di cooperazione tra centri urbani incentrato sull'innovazione e sullo sviluppo delle capacità attinenti

conteso, si deve anche rilevare la straordinaria importanza assunta dal fondo europeo di sviluppo regionale – FESR nella implementazione di modelli di sviluppo territoriale sostenibile. Gli obiettivi del FESR sono perseguiti tramite politiche ad azione trasversale in grado di agire in maniera integrata al livello urbano.

Il terzo programma UrbACT 2014/2020<sup>53</sup> ha avuto un significativo impatto, non solo destinando risorse agli Stati<sup>54</sup> al fine di porre in essere attività integrate tese allo sviluppo urbano sostenibile, ma anche al fine di implementare strategie di sviluppo urbano sia da un punto di vista più materiale che da un punto di vista di partecipazione e integrazione sociale.<sup>55</sup>

Allo stato attuale è in corso di approvazione il UrbAct IV per il periodo 2021-2027<sup>56</sup>. Allo stato attuale, nonostante la ricognizione operata, non si riscontra un *corpus* di regole compiute e coese. La finalità di conservazione, prevenzione e mitigazione degli effetti del consumo di suolo, invero, resta sorretta, in ambito europeo, ad un approccio regolatorio basato esclusivamente sull'individuazione di buone pratiche e suggerimenti. Come è stato rilevato<sup>57</sup>, solo la tradizionale progressiva armonizzazione attuata per il tramite dell'adeguamento a direttive, potrebbe consentire una regolazione del consumo di suolo in maniera strutturata e capace concretamente di affrontare il problema e di realizzare gli obiettivi che ci si è prefissati negli atti di indirizzo.

Il contesto normativo sovranazionale ha inciso sulla modalità di amministrazione e regolazione del territorio da parte degli Stati Membri.

---

*a tutte le priorità tematiche dell'Agenda urbana per l'UE (tra le quali integrazione dei migranti, edilizia abitativa, qualità dell'aria, povertà urbana, economia circolare, ecc.).*

*Pertanto, in linea con il quinto obiettivo della politica di coesione (Una Europa più vicina ai cittadini), la Commissione continuerà a sostenere le strategie di crescita a gestione locale, elaborate al livello più prossimo ai cittadini.” Sul punto si veda La nuova programmazione 2021-2027 ed il futuro della politica di coesione, 24 Giugno 2019 disponibile su <https://www.ot11ot2.it/approfondimenti/la-nuova-programmazione-2021-2027-ed-il-futuro-della-politica-di-coesione>*

<sup>53</sup> Allo Stato Italiano sono state destinate risorse per circa 1,5 miliardi di euro.

<sup>54</sup> Cfr. Regolamento (UE) n. 1299/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni specifiche per il sostegno del Fondo Europeo di sviluppo regionale all'obiettivo di cooperazione territoriale europea

<sup>55</sup> Cfr. *A che punto siamo con l'approvazione dell'Urbact IV?*, 9 marzo 2020, Disponibile su <https://urbact.eu/urbact-iv-che-punto-siamo-con-il-prossimo-periodo-di-programmazione>

<sup>56</sup> Cfr. G. Guzzardo, *La regolazione multilivello del consumo di suolo e del riuso dell'abitato*, in *op.cit.*

<sup>57</sup> Cfr. European Landscape Convention, ETS n. 176, disponibile al sito: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/176>; vedi anche M. Dejeant, *Environmental Policy and the Law*, 2004, 34, pagg. 79-83.

In Italia, si è prodotto un effetto sia diretto che indiretto. Se da un lato la legislazione ambientale statale riprende e attua le direttive europee, interessando indirettamente anche la legislazione urbanistica sotto altro profilo la legislazione europea in tema di tutela dei beni culturali e paesaggistici, rafforzata dalla Convenzione europea sul paesaggio<sup>58</sup> ha influito direttamente sulle modalità di gestione e governo del territorio.

#### 4. Cenni di diritto comparato.

Tra gli spunti suggeriti dal diritto comparato, l'esperienza britannica, rappresenta una delle più interessanti, considerati i risalenti problemi connessi alla diffusione urbana. Tra i primi interventi<sup>59</sup>, in questo senso, si registra il *Town and Country Planning Act* del 1947<sup>60</sup> con cui è stata prospettata la realizzazione di 14 *green belts* attorno alle principali città<sup>61</sup>. Le *green belts* consistono in cinture verdi (composte da boschi e parchi) assolutamente inedificabili aventi l'idea di contenere la crescita della città attraverso la progettazione di barriere fisiche negli spazi di frangia<sup>62</sup>.

In Gran Bretagna, si è riusciti a impedire che le città si saldassero tra di loro, soprattutto grazie a un'intuizione del 1995: il sistema dei cd. *Planning obligations*<sup>63</sup>. In quell'anno l'estensione delle *green belts* era di 1.556.000 ettari, circa il 12% del suolo

---

<sup>58</sup> La costituzione della prima *green belt* intorno a Londra venne proposta, per la prima volta, attorno alla *Greater London* nel 1935.

<sup>59</sup> *Town and Country Planning ACT* disponibile su <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1947/51/enacted>.

<sup>60</sup> Cfr. R. Megarry, *Lectures on the Town and country planning act, 1947*, Stevens, 1949; G. Morbelli, *Un'introduzione all'urbanistica*, FrancoAngeli, 2005; A. Detragiache, *Dalla città diffusa alla città diramata*, FrancoAngeli, 2003.

<sup>61</sup> Si tratta di un polmone verde attrezzato che circonda la città con la molteplice funzione di:

- tutela del territorio agricolo;
- contenimento contro l'espansione urbana e la cementificazione selvaggia;
- offerta di spazi verdi e strutture ricreative per la periferia e le città satelliti;
- riqualificazione del paesaggio e delle aree dismesse e degradate.

<sup>62</sup> Cfr. sul punto, il lavoro di G. Guzzardo, *La regolazione multilivello del consumo di suolo e del riuso dell'abitato*, riv.it.dir.pub.com., fasc. 1, 2018. Più puntualmente sul tema dei *planning obligations* nell'ordinamento britannico cfr. L. Giani, *Autoritarità tra potere e atto. Alcune riflessioni sul sistema britannico*, in *Annuario AIPDA*, 2011, pp. 109 ss.

<sup>63</sup> Si veda sul tema B. Cullingworth, V. Nadin, *Town and Country Planning in the UK*, 2003; M. Amati, *Urban Green Belts in the Twenty-first Century*, Ashgate, 2008; Roger W. Caves, *Encyclopedia of the City*, Routledge, 2005; AA.VV., *Green Belt Subject Plan: Development Control Policies*, Royal County of Berkshire Planning Department, 1981; Yvonne Rydin, *Urban and Environmental Planning in the UK*, Macmillan, 1993.

inglese, a fronte di una superficie attuale di quasi 1.700.000 ettari<sup>64</sup>. Successivamente, nel 1999 è stato istituito un organismo governativo di consultazione con il compito di orientare le politiche nazionali e locali riguardo ai temi dell’abitazione, della rigenerazione urbana, del governo delle densità, della diminuzione del consumo di suolo. La Gran Bretagna, prima con il *Planning Policy Guidance Note 3* del 2000, e successivamente con il *Planning and Compulsory Purchase Act 2004*, e in ultimo con il *Planning Policy Statement 3* del 2006 ha fissato l’obbligo di realizzare almeno il 60% del nuovo edificato in aree già urbanizzate, ponendo come limite la densità minima di almeno 30 abitazioni per ettaro<sup>65</sup>.

Più in dettaglio il *Planning and Compulsory Purchase Act* del 2004<sup>66</sup> ha apportato modifiche sostanziali al sistema del piano di sviluppo inglese. Ha eliminato sia i piani strutturali sia i piani locali, a favore dei quadri di sviluppo locale (*Local Development Framework - LDF*)<sup>67</sup>, che sono costituiti da una serie di documenti di sviluppo locale (*Local Development Documents - LDD*)<sup>68</sup> e documenti di pianificazione supplementare (DOCUP)<sup>69</sup>.

La strategia territoriale regionale (cd. RSS)<sup>70</sup>, prodotta dalle assemblee regionali in Inghilterra, rappresenta lo strumento della pianificazione. A questo approccio, in Galles è stata elaborata una variante<sup>71</sup>. Le autorità locali elaborano modelli di sviluppo locale (cd. *Local development schemes - LDS*), volti a pianificare il lavoro dei LDD/SPD per un periodo di tre anni<sup>72</sup>. Tutti i LDD e i DOCUP<sup>73</sup> devono inoltre essere

<sup>64</sup> Cfr. AA. VV., *Verso un'economia della sostenibilità: Lo scenario e le sfide*, Franco Angeli Edizioni, 2018.

<sup>65</sup> Sul punto, *amplius*, G. Trupiano, *Territori, governance e sviluppo sostenibile: prospettive italiane*, DiogeneEdizioni, 2015.

<sup>66</sup> Per un confronto diretto con la normativa in tema di *Local Development Framework* confronta [https://www.planningportal.co.uk/directory\\_record/342/local\\_development\\_framework\\_ldf](https://www.planningportal.co.uk/directory_record/342/local_development_framework_ldf)

<sup>67</sup> Per un confronto diretto con la normativa in tema di *Local Development Documents* confronta [https://www.planningportal.co.uk/directory\\_record/341/local\\_development\\_documents\\_ldds](https://www.planningportal.co.uk/directory_record/341/local_development_documents_ldds)

<sup>68</sup> Per un confronto diretto con la normativa in tema di *DOCUP* confronta <https://www.wandsworth.gov.uk/planning-and-building-control/planning-policy/supplementary-planning-documents-and-guidance/>

<sup>69</sup> Per un confronto diretto con la normativa in tema di RSS confronta <http://www.planningportal.gov.uk/england/professionals/en/1020432885308.html>

<sup>70</sup> Sul punto per una analisi ampia sulla documentazione della Regione Galles è disponibile sui seguenti portali <https://gov.wales/consultations>; <https://gov.wales/building-planning>; <https://gov.wales/dpsp/40382121/wsp-101104-pt1-e.pdf?lang=en>; <https://www.webarchive.org.uk/wayback/archive/20081213224812/http://new.wales.gov.uk/locati> on/spatial/faq/faqbackground/?lang=en; <https://gov.wales/consultations>

<sup>71</sup> Cfr. sul punto G. Trupiano, *Territori, governance e sviluppo sostenibile: prospettive italiane*, in *op.cit.*

<sup>72</sup> Cfr. sul punto <https://www.gov.uk/planning-permission-england-wales>

<sup>73</sup> Per un confronto con la normativa più rilevante sulla VAS Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi

accompagnati da una valutazione della sostenibilità e una valutazione ambientale strategica (la VAS<sup>74</sup> di origine europea). Più in dettaglio, la normativa inglese<sup>75</sup> sul consumo di suolo ruota intorno al *Localism Act 2011*<sup>76</sup> che ha introdotto cambiamenti di ampia portata nel sistema di pianificazione in Inghilterra. La legge ha introdotto disposizioni legali in base alle quali le comunità locali (guidate da consigli parrocchiali o forum di quartiere) potrebbero sviluppare piani di vicinato. Analogamente ai documenti di gestione dello sviluppo prodotti dall'autorità locale, i piani di vicinato hanno un peso statutario, pertanto vengono considerati nella determinazione delle applicazioni di pianificazione.

Questi interventi hanno consentito di proteggere la campagna e le attività che vi si svolgono, ma anche di conservare le caratteristiche specifiche delle città storiche e aiutare la rigenerazione urbana, incoraggiando il riutilizzo di aree urbanizzate abbandonate.

Spostandoci di Paese, la Germania ha intrapreso sin dagli anni ottanta<sup>77</sup> una fervente attività legislativa per regolamentare gli usi del suolo, tanto che si può parlare di un vero e proprio modello tedesco avente un atteggiamento più regolativo di quelle inglesi rivolto al disegno morfologico della città<sup>78</sup>. Una centralità della disciplina della materia è stata tracciata già a partire dalla legge di tutela dei suoli del 1999 e dalla successiva legge in materia di ambiente del 2002<sup>79</sup>. In seguito con la

sull'ambiente, su [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), 21 luglio 2001; Unione europea, COM/2009/469. Relazione della commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni sull'applicazione e l'efficacia della direttiva sulla valutazione ambientale strategica (direttiva 2001/42/CE), su [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), 14 settembre 2009; per un confronto con alcune monografie specifiche sul tema: P. Cagnoli, *VAS - Valutazione Ambientale Strategica. Fondamenti teorici e tecniche operative*, Palermo, Dario Flaccovio Editore, 2010; F. Doro, *VAS - la valutazione ambientale strategica degli strumenti di pianificazione e di programmazione*, Padova, Exeo Edizioni, 2013; A. Cimellaro, A. Scialò, *Valutazione Ambientale Strategica*, Roma, D.E.I.-Tipografia del genio civile, 2011.

<sup>74</sup> H. Millward, *Urban containment strategies: A cause study appraisal of plans and policies in Japanese, British and Canadian cities, Land Use Policy*, v. 23, 2006, p.473-485; e K. Hart, *Politiche e monitoraggio sull'uso e consumo di suolo in Inghilterra*, *Urbanistica*, v. 138, p.101- 103, 2012; C. Gardi, *Urban Expansion, Land Cover and Soil Ecosystem Services*, Routledge, London, 2017.

<sup>75</sup> Cfr. sul punto <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/20/section/73>

<sup>76</sup> Cfr. *amplius* sul tema L. Bobbio., *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Bari, 2002.

<sup>77</sup> Cfr. sul punto, G. Trupiano, *Territori, governance e sviluppo sostenibile: prospettive italiane*, in *op.cit.*.

<sup>78</sup> Cfr. sul punto E. Schimdt Abmann, *L'evoluzione del principio di conformità ai piani nel diritto urbanistico tedesco*, in AA.VV., *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, a cura di F. pugliese e E. Ferrari, Milano, 1999; S. Bock, *Nachhaltiges Flächenmanagement, Ein Handbuch für die Praxis*, 2011, Berlino; G. Frisch, *Il governo della crescita urbana in Germania*, in AA.VV., *Contenere il consumo di suolo*, Editoriale scientifica, Napoli.

<sup>79</sup> Cfr. in questo senso anche G. Guzzardo, *La regolazione multilivello del consumo di suolo e del riuso dell'abitato*, [riv.it.dir.pub.com.](http://riv.it.dir.pub.com), fasc. 1, 2018.

riforma del codice urbanistico del 2004 è stato introdotto il principio di uso parsimonioso della risorsa suolo e di riuso delle aree dismesse<sup>80</sup>. Seguendo questa impostazione è stata adottata la *Raumordnungsgesetz*<sup>81</sup> che ha modificato la legge sulla pianificazione urbanistica assoggettando l'incremento della copertura artificiale di terreno a precise limitazioni privilegiando il profilo della preservazione della risorsa<sup>82</sup>. Alla strategia di tutela dei suoli che riconosceva per la prima volta la necessità di contrastare l'espansione dell'urbanizzato in aree rurali, ha fatto seguito l'istituzione dell'osservatorio nazionale sul consumo di suolo. Interessante a tal proposito è l'esperienza del c.d. *Okokonto* introdotto dalla Baviera nel 2003<sup>83</sup>.

Degna di nota, anche l'azione della Francia, nella quale tra il 1960 e il 2010 sono state istituite 52 Agenzie per la pianificazione del territorio, e ben 25 sono nate dopo il 2000; le importanti innovazioni legislative introdotte in materia di pianificazione urbanistica e territoriale hanno prodotto un importante e sistematico riordino amministrativo<sup>84</sup>. Tra le principali innovazioni in materia di pianificazione territoriale la *Loi de reforme des collectivités territoriales*<sup>85</sup> ha introdotto il meccanismo delle elezioni di governi intercomunali con la finalità di una legittimazione più ampia e di un controllo sociale delle scelte<sup>86</sup>. Ultimo strumento degno di nota del panorama francese sono gli *schemas de la coherence* territoriale realizzati dalle associazioni di Comuni. Questi strumenti sono più dirigisti dei precedenti piani di inquadramento d'area vasta<sup>87</sup>.

<sup>80</sup> Disponibile su [https://www.gesetze-im-internet.de/rog\\_2008/ROG.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/rog_2008/ROG.pdf)

<sup>81</sup> Per approfondire, sul tema, *ex multis*, sia consentito un rinvio al lavoro di Ganser V.R., Williams K., *Browfled development: are we using the right target? Evidence from England and Germany*, *European Planning Studies*, 15, 2007.

<sup>82</sup> Cfr. sul punto, P. Maccani, S. Marani, *Governance dei sistemi urbani e consumo di territorio: politiche, pratiche, lezioni apprese*, ERVET, 2012, disponibile su <http://www.ervet.it/wp-content/uploads/downloads/2015/05/Governance-dei-sistemi-urbani-e-consumo-di-territorio.pdf>

<sup>83</sup> Cfr. sul punto, G. Trupiano, *Territori, governance e sviluppo sostenibile: prospettive italiane*, in *op.cit.*

<sup>84</sup> Disponibile su <https://www.vie-publique.fr/fiches/19610-la-loi-du-16-decembre-2010-de-reforme-des-collectivites>

<sup>85</sup> In questo senso cfr. F. Ferlaino, *Il consumo di suolo: misure, relazioni, processi. Intervento alla XXIV Conferenza scientifica annuale AISRe, Crescita economica e reti regionali: nuove industrie e sostenibilità*. Palermo 2-3 settembre 2013.

<sup>86</sup> Disponibile su <https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/le-scot-un-projet-strategique-partage-pour-le-developpement-de-lamenagement-dun-territoire>.

<sup>87</sup> Per una disamina della riflessione giuridica più recente sul tema, cfr. *amplius* G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2011; P. Dell'Anno, *Ambiente (Diritto amministrativo)*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, a cura di P. Dell'Anno e E. Picozza, Padova, 2012; C.E. Gallo, *L'ambiente e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Trattato di Diritto dell'ambiente*, I, a cura di R. Ferrara e M.A. Sandulli, II, Milano, 2014; Fracchia, F., *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010; Gallo, C.E., *L'ambiente e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Trattato di diritto dell'ambiente* (Ferrara, R.-Sandulli, M.A., a cura di), I, Milano, 2014, 399; Giulietti, W.,

Questa rassegna, seppur breve, è indicativa di come, in altri paesi europei, alcuni interventi strutturali sono stati assunti e sono stati in grado di garantire un rilancio dello sviluppo economico che tenga conto delle istanze di tutela ambientale e nel rispetto dell'identità culturale dei territori.

## 5. Il quadro nazionale.

Nella Costituzione e nella legislazione italiana, non sono sottolineate, in modo chiaro e nitido, la rilevanza sociale del suolo e la necessità della sua tutela.

Il tema della tutela del consumo di suolo nel nostro ordinamento è stato comunque ricondotto dalla dottrina tra i beni giuridici tutelati all'interno della Costituzione nel quadro del diritto alla tutela dell'ambiente<sup>88</sup>. Originariamente, il bene giuridico ambiente è stato ricondotto dagli interpreti all'interno dell'art. 9 della Costituzione che tutela il paesaggio, quale valore primario e assoluto<sup>89</sup>.

Pur senza soffermarsi troppo, occorre brevemente rilevare come l'articolo in esame rappresenti la sede di valori costituzionalmente tutelati che definiscono il rapporto fra uomo e natura<sup>90</sup>. Il paesaggio identifica il cd. ambiente visibile, inscindibile dal non visibile, un fatto fisico e oggettivo ma anche un farsi, un movimento creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile: la forma del territorio estrinseca il rapporto fra uomo e natura<sup>91</sup>.

Progressivamente, è proprio dal concetto di "paesaggio" che si è progressivamente rintracciato all'interno della dottrina costituzionale la tutela del territorio e dell'ambiente<sup>92</sup>. Come si vedrà *infra*, questa norma è stata spesso richiamata dalla

---

*Danno ambientale e azione amministrativa*, Napoli, 2012; N. Lugaresi., *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2008; Morbidelli, G., *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in Scritti in onore di Alberto Predieri, Milano, 1996; G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011.

<sup>88</sup> L'articolo 9 della Costituzione dispone che "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica [33-34]. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione".

<sup>89</sup> Cfr. C. Della Giustina, *Il diritto all'ambiente nella costituzione italiana*, in *Ambientediritto*, Anno XX, Fasc. 1/2020.

<sup>90</sup> Cfr. P. Carpineto, *La tutela dell'ambiente nella costituzione italiana*, in *Anales de la Facultad de Derecho*, 33 dicembre 2016, pp. 99-125.

<sup>91</sup> Cfr. sul punto R. Ferrara - C.E. Gallo (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2014, pag. 279; sul punto *amplius* Cfr. B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 31

<sup>92</sup> Art. 37 Carta dei diritti fondamentali dell'UE: "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

Corte costituzionale per costituzionalizzare il valore dell'ambiente, come bene primario e valore assoluto cui si ricollegano interessi non solo naturalistici e sanitari, ma anche culturali, educativi e ricreativi.

Questa nozione di ambiente consente di ricostruire unitariamente settori quali la gestione dei rifiuti, la tutela delle acque dall'inquinamento e la gestione delle risorse idriche, la difesa del suolo, la tutela dell'aria e la riduzione delle emissioni in atmosfera, gli strumenti tesi alla tutela degli equilibri ecologici come la valutazione di impatto ambientale o il risarcimento del danno ambientale.

Nell'art. 37 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea si ritrova proprio la medesima accezione di tutela dell'ambiente<sup>93</sup>.

Nel panorama costituzionale italiano, c'è da osservare che progressivamente la lettura congiunta degli artt. 2 e 3 della Costituzione ha portato la dottrina a riconoscere l'ambiente come un interesse fondamentale. Tuttavia, l'art. 9 della Costituzione dovrebbe rappresentare la sede di elezione della tutela ambientale, atteso che proprio da questa disposizione la giurisprudenza e la dottrina hanno mosso i primi passi per la tutela dell'ambiente: prima come valore costituzionalmente garantito e successivamente come diritto fondamentale. Tuttavia, la tutela di cui all'art. 9 non garantisce e non fa risaltare alcuni elementi centrali nella gestione delle politiche ambientali, ad esempio, l'inquinamento delle acque a causa dell'utilizzo dei diserbanti agricoli, o lo stesso consumo di suolo.

Questi fenomeni incidono sull'esistenza e la conservazione di un habitat umano<sup>94</sup>, e pertanto, incidono sulla tutela della salute. In questo contesto, l'art. 9 si declina congiuntamente all'art. 32 Cost. che diventa in questo contesto la disposizione più rilevante ai fini della tutela<sup>95</sup>. È proprio la connessione con le altre disposizioni, secondo la Consulta, che attribuisce al precetto di cui all'art. 9 valore primario insuscettibile di subordinazione ad altri<sup>96</sup>. Ricapitolando: la connessione tra l'art. 2, 9 e 32 consente di interpretare il diritto alla salute come diritto alla salubrità dell'ambiente e pertanto la cogenza del diritto alla salute impone il mantenimento di

---

*sviluppo sostenibile*”, per il testo integrale e case law sul punto cfr. <https://fra.europa.eu/it/eu-charter/article/37-tutela-dellambiente#TabExplanations>

<sup>93</sup> Sul tema cfr. R. Ferrara, C.E. Gallo (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2014.

<sup>94</sup> Sul punto cfr. C. Della Giustina, *Il diritto all'ambiente nella costituzione italiana*, in *Ambientediritto*, Anno XX, Fasc. 1/2020.

<sup>95</sup> Corte Cost. 27.06.1986, n. 151.

<sup>96</sup> Cfr. sul tema C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976.

un ambiente che sia idoneo a garantire la vita degli individui e l'integrità psico-fisica<sup>97</sup>.

In questa materia, si configurava una competenza legislativa esclusiva dello Stato, in quanto il principio della tutela dell'ambiente precede e costituisce un limite alla tutela degli altri *"interessi pubblici assegnati alla competenza legislativa concorrente delle regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali"*<sup>98</sup>.

Per completezza si segnala che alcuni autori riconducono la tutela del suolo all'art. 44 della Costituzione<sup>99</sup>, mentre l'art. 42 della Costituzione (sulla proprietà) è richiamato in materia ambientale sulla base del riconoscimento della funzione sociale del suolo (di proprietà pubblica o privata)<sup>100</sup>.

### **5.1. Lo status costituzionale del consumo di suolo.**

Il principale momento di dibattito tra gli interpreti<sup>101</sup> concerne la molteplicità degli interessi attinenti il concetto di suolo e il bene suolo, in una prospettiva di riparto di competenze Stato-Regioni *ex art. 117 Cost.*

Nella fase antecedente la Riforma del Titolo V, L. Cost. 3/2001, il diritto vivente<sup>102</sup> fondava la protezione del bene giuridico ambiente sul principio di leale collaborazione<sup>103</sup>, in un'ottica di riparto di competenze tra lo Stato e le autonomie territoriali. A seguito della modifica operata dalla Riforma, tuttavia, la Consulta, continuando l'orientamento predetto, e, quasi ignorando il nuovo dettato normativo,

---

<sup>97</sup> Sul punto si veda la sentenza Corte Cost. n. 367 del 2007.

<sup>98</sup> Dispositivo dell'art. 44 Costituzione "Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà. La legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane."

<sup>99</sup> In questo senso cfr. G. F. Cartei, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, *op. cit.*

<sup>100</sup> La nozione giuridica di difesa del suolo risulta nel nostro ordinamento ancora controversa, sul punto si richiama A. Crosetti, *Difesa del suolo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario Di Diritto Pubblico*, Vol. II Giuffrè, 2006.

<sup>101</sup> Sull'orientamento consolidatosi sulla disciplina ambientale cfr. Corte Costituzionale n. 350/1997.

<sup>102</sup> Cfr. C. Ventimiglia, *La smaterializzazione dell'ambiente: la prevalenza statale offusca la leale collaborazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2016.

<sup>103</sup> Cfr. sul punto Corte Costituzionale, sent. 407/2002.

ha qualificato la materia tutela dell'ambiente come una materia trasversale<sup>104</sup>. Tuttavia, nel 2007, la Corte costituzionale ha cambiato l'approccio, andando a configurare un concetto di intreccio e concorso del riparto tra legislazione statale e regionale. In particolare, la Corte rinviene nella materia ambiente un bene della vita la cui tutela è affidata in via esclusiva alla Stato, mentre alle Regioni spetta la valorizzazione del bene medesimo<sup>105</sup>. Il bene giuridico ambiente secondo la ricostruzione data dalla Corte Costituzionale rappresenta "un bene complesso e unitario" oggetto di immediata e diretta tutela giuridica in quanto valore "primario e assoluto": la disciplina in materia, pertanto, rientra nella competenza esclusiva dello Stato e costituisce "un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni"<sup>106</sup>. Sul bene giuridico ambiente, peraltro, concorrono interessi pubblici ulteriori riconducibili alla sua fruizione e alla sua conservazione, rispetto ai quali si legano diverse competenze tra loro distinte perché autonome sotto il profilo funzionale<sup>107</sup>.

Se da un lato, pertanto, appaiono evidenti le problematiche rimaste irrisolte, che permangono con riferimento alla materia ambiente, sotto altro, parallelo profilo, la tutela del suolo presenta criticità ulteriori: questo principio, infatti, secondo parte della dottrina non può essere ricondotto esclusivamente entro il perimetro della tutela costituzionale dell'ambiente. Alcuni, hanno revocato in dubbio la sussunzione del bene suolo entro il perimetro della materia "tutela dell'ambiente" oppure "governo del territorio e difesa del suolo" o anche "reti di trasporto e viabilità"<sup>108</sup>. Seguendo questo ragionamento, e in relazione alla materia entro la quale viene fatta ricadere, la tutela del bene suolo potrebbe essere di competenza dello Stato o delle Regioni<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> P. Maddalena, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e fruizione dell'ambiente*, in *Federalismi*, n. 9/2010.

<sup>105</sup> Corte Cost. sent. n. 367 del 7 novembre 2007.

<sup>106</sup> Cfr. W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, op.cit.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> Cfr. A. Gusmai, *La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi(mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Diritto pubblico europeo*, 2015.

<sup>109</sup> Cfr. W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, op.cit.

A parere dello scrivente, la tutela del bene suolo deve essere ricondotta entro la protezione dell'ambiente, in quanto bene comune fondamentale<sup>110</sup> ed essenziale alla vita di tutti gli esseri viventi.

La consapevolezza dei problemi legati al riparto della competenza legislativa, ha portato all'insorgere di un conflitto tra lo Stato e le Regioni. In questo contesto la Corte Costituzionale è più volte intervenuta a ribadire la competenza esclusiva dello Stato in materia di ambiente<sup>111</sup>. Più di recente la Suprema Corte ha avuto modo di affermare con sentenza n. 151 del 21 aprile 2011 ha nettamente affermato che le Regioni e le Province autonome non possono legiferare "puramente e semplicemente in campi riservati dalla Costituzione alla competenza esclusiva dello Stato" in ambito ambientale<sup>112</sup>.

In questo ambito, la Corte costituzionale ha fatto ricorso al principio dell'"attrazione in sussidiarietà"<sup>113</sup> consentendo un'attribuzione di competenze diversa da quella desumibile dal tenore letterale dell'art. 117 Cost.. In questo modo si determina un'allocatione delle funzioni amministrative a livello statale nel caso in

<sup>110</sup> Sul punto cfr. sentt. Corte Cost. n. 367 del 7 novembre 2009; n.378 del 14 novembre 2007; n.225 del 22 luglio 2009.

Sempre sul tema cfr. G. Cordini, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2009; A. Cioffi, *L'Ambiente in materia dello Stato e come interesse pubblico. Riflessioni sulla tutela costituzionale e amministrativa, a margine Corte Cost. n.225 del 2009* in *Riv. Giur. Ambiente*, 2009; P. Maddalena, *la giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di tutela della fruizione dell'ambiente e le novità sul concetto di materia, sul concorso di più competenze sullo steso oggetto e sul concorso di materia*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2010.

<sup>111</sup> Corte Cost. sent. n. 151 del 21 aprile 2011.

<sup>112</sup> Si veda sul punto M. Mengozzi *Chiamata in sussidiarietà ed 'esplicitazione' dei relativi presupposti*, *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2011; A. Anzon Demmig, *Istanze unitarie e istanze autonomistiche nel "secondo regionalismo": le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, 779 ss.; R. Bin, *Divagazioni sul ruolo del giudice (e della Corte costituzionale) a proposito di due sentenze di Carlo Mezzanotte*, 801 ss.; P. Caretti, *Le sentenze nn. 303/2003 r 14/2004: due letture "creative" del nuovo Titolo V della Costituzione*, 807 ss.; A. D'Atena, *Le aperture dinamiche del riparto delle competenze, tra punti fermi e nodi non sciolti*, 811 ss.; G. Falcon, *Un problema, due risposte, alcune riflessioni*, 817 ss.; S. Mangiameli, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, 825 ss.; E. Rossi, *Una breve considerazione sui fondamenti delle "istanze unitarie" nella riflessione di Carlo Mezzanotte*, 843 ss.; A. Ruggeri, *Il problematico "bilanciamento" tra politica e diritto costituzionale (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003)*, 849 ss.; I. Ruggiu, *Il principio di competenza tra flessibilizzazione ed esigenze unitarie nelle sentenze della Corte costituzionale n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, 865 ss.; R. Tosi, *Competenze statali costituzionalmente giustificate e insufficienza del sindacato*, 875 ss.; 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*, 883 ss.

<sup>113</sup> Cfr. A. D'Atena, *Diritto regionale*, Giappichelli, 2010, pag. 181; nonché A. D'Atena, *Il principio di sussidiarietà* in A. D'Atena, *Lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2006, 81 ss.; A. D'Atena, *Sussidiarietà e sovranità*, in A. D'Atena, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giappichelli, 2007; S. Agosta, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008; C. Mainardis, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato - Regioni*, Le Regioni, 2011.

cui sia necessario un esercizio unitario delle funzioni, che superi e trascenda da quello regionale<sup>114</sup>. La Corte Costituzionale, inoltre, ha fissato le condizioni per l'applicazione del c.d. "*principio di sussidiarietà ascendente*" tra le quali la previsione di adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio delle funzioni amministrative a livello centrale<sup>115</sup>.

In questo contesto, se da un lato la Corte è chiara nel rinviare la materia alla competenza statale, la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale offre una lettura, comunque, aperta ad un'azione congiunta Stato-regioni necessaria al fine di garantire effettività a valori costituzionali<sup>116</sup>. La Corte costituzionale in sede di interpretazione dell'art. 9 della Costituzione ha ben chiarito che "*costituisce compito dell'intero apparato della Repubblica nelle sue diverse articolazioni*", inclusi quindi gli enti locali, conseguire "*la tutela dei beni culturali, del paesaggio e dell'ambiente*": ben possono perciò anche i Comuni, in sede di pianificazione urbanistica locale, "*imporre limiti e vincoli più rigorosi o aggiuntivi, anche con riguardo a beni vincolati, a tutela di interessi culturali ed ambientali*"<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Sul punto si veda la sentenza n. 6 del 2004.

<sup>115</sup> Più precisamente, con riferimento all'"*attrazione in sussidiarietà*", la Corte ha inoltre ripetutamente affermato la necessità di una disciplina che contempra, nel percorso attuativo, l'intesa, imposta dal "principio di lealtà" (sentenze n. 261/2015, n. 278/2010, n. 383/2005, n. 6/2004 e n. 303/2003). In altri casi di minore impatto sulle competenze regionali, la Corte ha invece ritenuto sufficiente l'acquisizione di un parere della Conferenza (sentenze n. 232/2009 e n. 200/2009).

In particolare, "*nelle materie di competenza concorrente, allorché vengono attribuite funzioni amministrative a livello centrale allo scopo di individuare norme di natura tecnica che esigono scelte omogenee su tutto il territorio nazionale improntate all'osservanza di standard e metodologie desunte dalle scienze, il coinvolgimento della conferenza Stato Regioni può limitarsi all'espressione di un parere obbligatorio*" (sentenze n. 62/2013, n. 265 /2011, n. 254/2010, n. 182/2006, n. 336/2005 e n. 285/2005).

<sup>116</sup> Vedi Corte Costituzionale, sentenza n. 378 del 2000, punto 4 in diritto, e Corte Costituzionale, sentenza n. 478 del 2002, punto 5 in diritto; L. Portaluri, *L'ambiente e i piani urbanistici*, in *Diritto dell'ambiente* (a cura di G. Rossi), Torino, 2015, 255: "la disposizione [i.e. l'art. 1 della l. n. 1187/1968] completò da un punto di vista sostanziale la previsione che nel '67 aveva riguardato il procedimento: al riconoscimento del potere di apportare d'ufficio al p.r.g. le modifiche indispensabili per la tutela dell'ambiente, seguì un anno dopo il potenziamento del contenuto del p.r.g. il quale deve ora indicare pure i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale e paesistico". Ci si riferisce all'art. 3, unico comma, l. n. 765/1967, il quale ha modificato l'art. 10, comma 2, lettera c), l. n. 1150/1942 prevedendo il potere del Ministero dei lavori pubblici (poi Regione) di modificare il P.R.G. per "la tutela dei complessi storici, monumentali, ambientali ed archeologici". Vedi S. Moro, *I vincoli urbanistici per la tutela dei c.d. interessi differenziati e dell'equilibrio ecologico: spunti di riflessione propedeutici ad uno studio sulla relazione fra il potere di governo degli interessi collegati all'uso del territorio e il diritto di proprietà*, in *AmbienteDiritto*, 2015, disponibile all'indirizzo: <http://www.ambientediritto.it/home/dottrina/i-vincoli-urbanistici-la-tutela-dei-cd-interessi-differenziati-e-dell%E2%80%99equilibrio-ecologico>.

<sup>117</sup> Con una espressione non molto chiara si parla di governance o governo del territorio come di un sistema flessibile, considerando la mancanza a livello legislativo nazionale di un modello positivo. Sul punto cfr. G.P. Lombardi, *Il governo dei territori, politico e amministrativo*, Milano, 2017; P. Urbani, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007; E. Sticchi Damiani, *Disciplina del*

Con l'estensione dell'impatto del diritto europeo sul diritto interno anche nel settore dell'urbanistica, quest'ultimo rapporto è stato oggetto di un processo di ripensamento confluito con la riforma costituzionale del 2001 nella nuova locuzione di "governo del territorio" usata dall'art. 117 Costituzione<sup>118</sup>. Nonostante gli interventi della Corte Costituzionale, la soluzione della competenza sul tema è ancora lungi dall'essere risolta. In particolare, la mancata adozione da parte del legislatore statale di una normativa puntuale sulla gestione del consumo di suolo ha contribuito a frammentare il quadro normativo in materia (sul punto vedi *infra* §6). Tuttavia, nonostante l'importante innovazione prodotta dalla Comunicazione della Commissione relativa alla "Strategia per limitare l'impermeabilizzazione del suolo"<sup>119</sup>, l'Italia non ha ancora concretizzato nessuna iniziativa legislativa a livello statale per darle concreta attuazione. In assenza di legislazione statale, alcune Regioni hanno assunto autonome iniziative legislative, per dare diretta attuazione alla Strategia e agli orientamenti europei<sup>120</sup> (vedi *infra* §7-8). Questo ha portato all'introduzione da parte delle regioni di leggi regionali che si pongono l'obiettivo di colmare un vuoto normativo, esuberando, forse, le proprie competenze, e producendo, di certo, effetti molto diversificati sul territorio nazionale.

## 5.2. I progetti in discussione al Parlamento.

La prima proposta di legge per la limitazione del consumo di suolo risale al 2012 quando l'allora Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali presentò il Rapporto "Costruire il futuro: difendere l'agricoltura dalla cementificazione"<sup>121</sup> e il disegno di legge "Valorizzazione delle aree agricole e di contenimento del consumo di suolo"<sup>122</sup>, che tuttavia non venne poi trasformato in legge a causa della fine anticipata della Legislatura.

---

*territorio e tutele differenziate: verso un'urbanistica integrale*, in E. Ferrari (a cura di), l'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato, Milano, 2000.

<sup>118</sup> Disponibile su [https://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_it.pdf)

<sup>119</sup> Vedi P. Pileri, *Compensazione ecologica preventiva. Principi strumenti e casi*, Carocci, 2007, pag. 68.

<sup>120</sup> Cfr, Rete Rurale Nazionale disponibile su <http://www.reterurale.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/8850>

<sup>121</sup> A.S. n. 3601 dell'11 dicembre 2012.

<sup>122</sup> Legge - 14/01/2013, n.10 - Gazzetta Uff. 01/02/2013, n.27, recante "Norme per lo sviluppo degli spazi verdi urbani".

Il principio del contenimento del consumo di suolo, tuttavia, è successivamente penetrato nel nostro ordinamento per il tramite della legge n. 10 del 2013, che all'art. 6 dispone al comma 2 che *“ai fini del risparmio del suolo e della salvaguardia delle aree comunali non urbanizzate, i comuni possono:*

*a) prevedere particolari misure di vantaggio volte a favorire il riuso e la riorganizzazione degli insediamenti residenziali e produttivi esistenti, rispetto alla concessione di aree non urbanizzate ai fini dei suddetti insediamenti;*

*b) prevedere opportuni strumenti e interventi per la conservazione e il ripristino del paesaggio rurale o forestale non urbanizzato di competenza dell'amministrazione comunale”<sup>123</sup>.*

Attraverso questo riferimento normativo si è voluto, in una prima fase, assegnare alla politica e alle sue forze l'individuazione degli strumenti e passaggi necessari per affrontare la problematica. Questa disposizione, poi rimasta isolata, aveva avuto il merito, di indirizzare i Comuni verso il risparmio di suolo e la salvaguardia delle superfici non antropizzate, attraverso misure di vantaggio tese a incentivare il riuso e la riorganizzazione degli insediamenti residenziali e produttivi già esistenti<sup>124</sup>.

Difatti, il successivo *“piano casa”<sup>125</sup>* attraverso un sistema di deroghe affidate agli strumenti urbanistici, ha, nei fatti, sovvertito gli obiettivi della legge n. 10 del 2013: le regioni infatti possono emanare specifiche leggi regionali che consentano deroghe ai vigenti principi urbanistici.<sup>126</sup>

Il suolo, in realtà, in quanto realtà fisicamente complessa ma sostanzialmente unitaria, riunisce in sé una pluralità di materie: la difesa del suolo, la mobilità delle persone, il traffico, il governo del territorio, dell'ecosistema e del paesaggio, o la tutela dell'ambiente e l'approvvigionamento alimentare. Un intervento del legislatore statale volto all'adozione di un testo legislativo unitario che affronti in modo coordinato alcuni dei problemi principali connessi al consumo di suolo si è progressivamente affermato come esigenza condivisa da parte degli operatori.

<sup>123</sup> Cfr. L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo nell'ordinamento italiano*, in *Contenere il consumo del suolo. Saperi ed esperienze a confronto* (a cura di F. Cartei e L. De Lucia), Editoriale Scientifica, 2014.

<sup>124</sup> Approvato in Conferenza unificata in base all'art. 8, l. n. 131/03.

<sup>125</sup> Cfr. sul punto, V. Cerulli Irelli – L. De Luca, *Il secondo piano casa: una (incostituzionale) depianificazione del territorio*, in *democrazia e diritto*, 2009, nonché V. De Bernardi, *Il caso della legge regionale calabrese n. 5 del 2010, ovvero: può una intesa ex art. 8 comma 6, legge 131/2003, costituire la sola base giuridica dell'azione sostitutiva straordinaria e può il commissario ad acta adottare atti di natura legislativa*, in *giustamm.it*.

<sup>126</sup> Cfr. L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo nell'ordinamento italiano*, in *Contenere il consumo del suolo. Saperi ed esperienze a confronto* (a cura di F. Cartei e L. De Lucia), Editoriale Scientifica, 2014, pag. 94.

La tematica del consumo di suolo infatti, negli ultimi anni, in realtà, ha attirato l'attenzione delle istituzioni italiane: si pensi che nel dicembre del 2013 risultavano presentate ben 16 proposte di legge<sup>127</sup>. Più di recente, la Camera dei Deputati ha approvato il disegno di legge “*Contenimento del consumo di suolo e riuso del suolo edificato*” approvato di recente alla XIII commissione del Senato come A.S. 2383. Il testo, la cui proposta risale al Governo Letta I, perseguiva l'obiettivo di raggiungere gli obiettivi fissati a livello europeo nella Strategia tematica per la protezione del suolo del 2006<sup>128</sup>, con la prospettiva di un incremento dell'occupazione netta di suolo pari a zero entro il 2050. La normativa sottoposta all'esame del Senato riprendeva in parte quello del Disegno di Legge S3601 (XVI Legislatura, Governo Monti), recante disposizioni in tema di “*Valorizzazione delle aree agricole e contenimento del consumo di suolo*”.

Il documento A.S. 2383 tentava di conciliare e riassumere in unico testo legislativo tutte le istanze parlamentari e sociali, nonché di dettare una disciplina uniforme per una materia che nella precedente legislazione, anche regionale, era stata trattata in maniera sporadica e disorganica. Questa proposta di legge, tuttavia, si è arenata senza essere approvata in via definitiva.

Un nuovo disegno di legge - A.C. 2039 - di iniziativa governativa è stato presentato nel 2014 e, dopo oltre due anni di discussione, approvato alla Camera il 12 maggio 2016<sup>129</sup>. Le Commissioni riunite Territorio e Ambiente e Agricoltura del Senato, tra il 2016 e il 2017, anche sulla base dei dati contenuti negli ultimi rapporti ISPRA<sup>130</sup> hanno prodotto delle integrazioni al testo di legge introducendo importanti elementi innovativi in grado di rendere più efficace la norma: sia sotto il profilo delle definizioni dell'individuazione, dell'attuazione e del monitoraggio dei limiti progressivi al consumo di suolo, nonché con riferimento al riuso e alla rigenerazione urbana, alla tutela delle aree verdi urbane.

In particolare, il testo prevedeva una riduzione progressiva del consumo di suolo almeno pari al quindici per cento ogni tre anni. Ma, anche in questo caso, la fine della legislatura non ha consentito di giungere all'approvazione definitiva.

---

<sup>127</sup> Il primo documento concernente il suolo, è stata la Comunicazione COM (2002) 179 “*Verso una strategia tematica per la protezione del suolo*” della Commissione Europea.

<sup>128</sup> Si veda sul punto <https://www.camera.it/leg17/126?pd=2039>

<sup>129</sup> Rapporto Ispra, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici*, ed. 2016 – 2017.

<sup>130</sup> Disponibile su <http://www.salviamoilpaesaggio.it/blog/la-nostra-proposta-di-legge/>

Da ultimo, nel corso della presente legislatura sono state presentate altre proposte di legge che, in parte, riprendono e aggiornano i testi precedenti, mentre altre - come nel caso dell'A.C. 63 "*Disposizioni per il contenimento del consumo di suolo e per il riuso dei suoli edificati*" - si riferiscono a una proposta d'iniziativa popolare presentata dal Forum Salviamo il Paesaggio nel 2018<sup>131</sup> e che si prefigge di arrestare da subito il consumo di suolo tutelando i suoli liberi, compresi quelli all'interno delle aree già urbanizzate, e riutilizzando il patrimonio edilizio esistente<sup>132</sup>.

È evidente alla luce del quadro tratteggiato che, nel nostro Paese, manca, a tutt'oggi, una legge fondamentale per il consumo di suolo che sia in grado di prospettare modelli di sviluppo sostenibile e di implementazione della resilienza delle aree urbane dinnanzi alle sfide future.

### **5.3. Il quadro nazionale, le normative regionali.**

Si detto *supra* (§5) come la materia del consumo di suolo afferisca e si estenda trasversalmente su una pluralità di materie di rango costituzionale. La Corte costituzionale, come è stato rilevato (*supra* §5.2), è più volte intervenuta con riferimento al riparto delle competenze costituzionali, considerate le difficoltà di tracciare una precisa delimitazione<sup>133</sup>. Sotto un profilo strettamente di progettazione legislativa, il legislatore ha cercato di affrontare la tematica del consumo di suolo sotto il profilo del "governo del territorio". In questo contesto si riscontrano circa 17 Dossier dei Servizi Studi di Camera e Senato<sup>134</sup> dell'urbanistica e dell'edilizia.

Tale materia, come noto, è ricompresa nel novero delle materie di legislazione concorrente (articolo 117, comma terzo, della Costituzione) nelle quali "*spetta alle regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione esclusiva dello Stato*".

Le regioni, pertanto, includendo il tema del consumo di suolo rientrante (anche se a torto) nell'ambito della materia "governo del territorio", dal 2012 ad oggi hanno

<sup>131</sup> Sul punto si può consultare:

<https://www.camera.it/leg18/126?tab=1&leg=18&idDocumento=63&sede=&tipo=>

<sup>132</sup> Si ricordino, in tale ambito, le già richiamate sentenze Corte Cost. n. 303 e 362 del 2003.

<sup>133</sup> Sul punto si può consultare <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01112989.pdf>.

<sup>134</sup> Per un'analisi della normativa circa i "piani casa" e i "piani città" si può consultare il documento "I "piani casa" e i "piani città"" disponibile sul sito del Parlamento italiano, <https://leg16.camera.it/561?appro=671&I+%22piani+casa%22+e+i+%22piani+citt%C3%A0%22>

avuto modo di sviluppare norme volte alla riduzione del consumo di suolo e alla rigenerazione urbana.

Il quadro conseguente è incredibilmente disomogeneo: mentre alcune regioni si sono dotate di norme generali e definizioni di principio, in altre è stata introdotta una normativa organica volta ad affrontare il problema mediante specifici strumenti.

In alcuni casi le norme sono frutto di un consolidamento e modifica di precedenti norme urbanistiche o relative al c.d. "piano casa"<sup>135</sup>.

Il quadro risultante dall'attività legislativa è caratterizzato da una progressiva stratificazione, che determina una rilevante difficoltà di analisi di un *corpus* normativo in costante evoluzione.

In molti casi si tratta solo di principi o previsioni di carattere generale per la pianificazione, in altri casi viene costruito un sistema organico di soluzioni: le misure previste dalle diverse regioni sono evidentemente molto disarticolate tra loro. In questo quadro, un interessante riferimento va fatto al Servizio Studi del Senato che ha analizzato (dossier n. 109 di marzo 2019) il sistema delle normative regionali sul territorio nazionale<sup>136</sup>. Questa analisi ha permesso di evidenziare una varietà di previsioni in ordine all'attività programmatrice, con riguardo alle attività volte alla riqualificazione e al contenimento delle espansioni urbane, anche in un'ottica di limitazione dell'ulteriore urbanizzazione del territorio. Ad esempio, in alcune normative regionali, viene previsto l'obiettivo dello sviluppo sostenibile, che risulti orientato a perseguire il recupero del patrimonio edilizio e ad evitare un'edificazione sparsa, favorendo una distribuzione equilibrata della popolazione sul territorio (ad esempio in Emilia-Romagna).

Alla differenziazione tra gli strumenti regolatori, corrisponde una simmetrica disomogeneità nel consumo di suolo nelle diverse realtà regionali italiane<sup>137</sup>.

In tal senso, la necessità di una stabilizzazione normativa del quadro di riferimento è emersa con forza nel corso delle audizioni sui disegni di legge in materia: in particolare, si è focalizzata tra l'altro sull'opportunità dell'adozione di una normativa organica, quale elemento funzionale ad una migliore qualificazione delle

---

<sup>135</sup> Schema di decreto ministeriale di approvazione del programma pluriennale di A/R n. SMD 03/2019, relativo all'acquisizione di un'unità di appoggio alle operazioni speciali, di supporto alle operazioni subacquee e per il soccorso a sommersibili sinistrati e relativo supporto logistico decennale disponibile su <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/docnonleg/39156.htm>

<sup>136</sup> Cfr. Rapporto Ispra, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici* Ed. 2019.

<sup>137</sup> Sul tema seduta del 13 giugno 2019 delle Commissioni riunite 9° e 13° del Senato.

aree antropizzate<sup>138</sup>. In questo senso, sul piano del rapporto tra livelli di governo, si specifica in alcune proposte che la pianificazione territoriale sia regolata dalla normativa regionale, nel rispetto degli indirizzi statali.

## 6. Spunti dalle Normative Regionali.

Alcuni hanno parlato del cd. ossimoro costituzionale<sup>139</sup>, per descrivere la tensione esistente tra i processi di integrazione europea e le istanze di decentramento e di autonomia regionale. Allo stato attuale si può dire che il percorso verso la piena e concreta integrazione europea, anelato dal Trattato sull'Unione europea (TUE), per «un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa»<sup>140</sup>, prosegue “tra continui inciampi, interni ed esterni all'Unione”<sup>141</sup>.

Per quanto riguarda il “fronte interno”, rilevano, da un lato, le sempre più intense spinte nazionaliste e i frequenti richiami alla sovranità statale. Queste indicazioni, che si ancorano in rinvii alla «sussidiarietà» e alle «identità nazionali» contenuti nei Trattati e nei meccanismi previsti all'art. 48.2 TUE e 50 TUE<sup>142</sup>, si stanno manifestando

<sup>138</sup> Sul punto si veda M. Tomasi, *Autonomie regionali e identità costituzionale degli Stati membri nell'orizzonte sovranazionale europeo*, in *Federalismi*, pag. 233 n.5/2020 A. Ruggeri, *Integrazione europea e autonomia regionale: un ossimoro costituzionale?*, in *Diritti regionali - Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1/2017, pp. 51-70.

<sup>139</sup> Sul punto si veda Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito a «Migliorare il funzionamento dell'Unione europea sfruttando le potenzialità del trattato di Lisbona» e a «Possibile evoluzione e adeguamento dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea» pubblicato in G.U.U.E. il 15.1.2016 e disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015AE3264>

<sup>140</sup> Cfr. M. Tomasi, *Autonomie regionali e identità costituzionale degli Stati membri nell'orizzonte sovranazionale europeo*, in *Federalismi*, pag. 234 n.5/2020.

<sup>141</sup> Sul tema *amplius*, si rinvia a D. Strazzari, *La clausola di omogeneità dell'UE: connotazione costituzionale o internazionale? Riflessioni da un'analisi comparata*; T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*; G. Caponi – V. Capuozzo – I. Del vecchio – A. Simonetti, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei contro limiti*, tutti in *Federalismi*, 9/2014, rispettivamente pp.1-55, 1-24 e 1-34.

<sup>142</sup> In prospettiva comparata, *ex multis*, si veda: B. Caravita – L. Casseti (a cura di), *Il rafforzamento della democrazia regionale e locale nell'Unione europea*, Studi del CdR, Bruxelles, 2004; A. D'Atena, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri*, in *Il diritto dell'U.E.*, 10(1)/2005, pp. 59-74.; A. D'Atena (a cura di), *Procedure per la partecipazione delle autorità regionali e locali al processo di policy making nei vari Stati membri*, Studi del CdR, Bruxelles, 2005; A. D'Atena, *Regionalismo ed integrazione sovranazionale in prospettiva europea e comparata*, in G.G. Floridia –R. Orrù (a cura di), *Meccanismi e tecniche di normazione fra livello comunitario e livello nazionale e subnazionale*, Torino, 2007, pp. 148 ss.; A. D'Atena (a cura di), *I cantieri del federalismo in Europa*, Milano, 2008; L. Ferraro, *La partecipazione delle Comunità autonome spagnole ai processi decisionali comunitari*, in L. Chieffi (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 265-292; L. Daniele (a cura di), *Regioni ed autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2006; S.

anche all'interno dei singoli Stati membri, producendo meccanismi di disgregazione endogeni che richiedono rinnovata e specifica attenzione<sup>143</sup>.

Come detto, la vacanza del legislatore statale ha portato ad una stagione di feudalesimo normativo all'interno della quale ciascuna micro-realtà è portata a gestire il problema del consumo di suolo secondo modalità ed approcci autonomi.

Non vi è chi non veda in questa nuova stagione la concreta attuazione di principi costituzionali e di sollecitazioni dei territori<sup>144</sup>. Si deve tuttavia rilevare che seppur la stessa Costituzione abbia riservato alle regioni determinate materie (nel rispetto della competenza legislativa regionale di cui all'art. 117) sotto altro profilo, le istanze di un certo regionalismo – cd. Regionalismo differenziato – soprattutto con riferimento a valori costituzionali fondamentali e inviolabili, dovrebbero trovare un sicuro limite o, per lo meno, un minimo comune denominatore nella legislazione nazionale<sup>145</sup>.

In questo contesto e stante la assenza di una normativa nazionale, il sistema delle normative regionali si presenta molto eterogeneo, includendo una serie di disposizioni, normative e principi inseriti in leggi finalizzate al contenimento del consumo del suolo e alla rigenerazione urbana. Questa circostanza tuttavia ha fatto sì che *“la definizione di consumo di suolo non è coerente con quella europea e nazionale o, comunque, sono presenti deroghe o eccezioni significative relative a tipologie di interventi e di trasformazioni del territorio che non vengono inclusi nel computo (e quindi nella limitazione) ma che sono in realtà causa evidente di consumo di suolo”*<sup>146</sup>. Il tema è estremamente

---

Gozi, *Regioni europee e processi decisionali dell'Unione: quale equilibrio? I casi di Belgio, Spagna, Germania e Regno Unito*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2/2003, pp. 339 ss.;

<sup>143</sup> Cfr. *ex multis*, L. A. Mazzaroli, *Regionalismo differenziato e principio di sussidiarietà verticale*. in *AmbienteDiritto*, 2020.

<sup>144</sup> Cfr. sul tema, *ex multis*, S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi 2020*; L. Mazzaroli, *Regionalismo differenziato e principio di sussidiarietà verticale*. *cit.*, E. Grosso – A. Poggi, *Il regionalismo differenziato: potenzialità e aspetti problematici*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 8/11/2018, 5; M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi*, n. 6/2019, 8; S. Piperno, *Le prospettive del regionalismo asimmetrico in Italia*, in AA.VV., *La finanza territoriale. Rapporto 2018*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2018

<sup>145</sup> Audizione dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) presso le Commissioni riunite 9a (Agricoltura e produzione agroalimentare) e 13a (Territorio, ambiente, beni ambientali) del Senato della Repubblica, in relazione ai disegni di legge sul consumo del suolo. Roma, 18 dicembre 2018. Disponibile su <https://docplayer.it/135599083-Roma-18-dicembre-2018.html>

<sup>146</sup> Per una rassegna sul punto cfr. Rapporto Ispra, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici* Ed. 2019.

complesso ed è stato trattato in questi anni da diverse pubblicazioni e analisi regionali o settoriali<sup>147</sup>.

In questa sede si darà brevemente conto, e a titolo meramente esemplificativo di alcune normative regionali, tra le più interessanti ed articolate finora elaborate. In particolare, si esamineranno brevemente le legislazioni delle Regioni Veneto e Emilia-Romagna.

## **7. La Legislazione sul consumo di suolo in Emilia-Romagna.**

### **7.1. Introduzione.**

L'Emilia Romagna è caratterizzata da una crescita costante del territorio antropizzato e urbanizzato nonostante la popolazione si sia mantenuta costante nel corso del tempo<sup>148</sup>. Questa circostanza è chiaramente sintomatica di un utilizzo del suolo non proporzionato alle esigenze demografiche e abitative, pertanto correlato esclusivamente ad una crescente pressione antropica sulla risorsa suolo.

Difatti la regione Emilia Romagna è annoverata tra le regioni con il maggior incremento di consumo di suolo (oltre i 400 ettari di nuove costruzioni<sup>149</sup>), ciò a causa di, infrastrutture, edifici e interventi volti ad una copertura artificiale del suolo. Al fine di arginare la continua crescita del territorio urbanizzato l'Emilia Romagna ha emanato diverse leggi specifiche sul consumo di suolo, consentito solo quando non sussistano misure alternative a tale riorganizzazione e qualificazione del suolo<sup>150</sup>.

La regione Emilia Romagna nel rispetto degli articoli 9, 44, 117 della Costituzione e degli articoli 11 e 191 del Trattato di Lisbona, si è assunta l'obiettivo del consumo di suolo pari a zero da raggiungere entro il 2050 così come indicato dalla Commissione Europea.

In conseguenza degli obblighi giuridici la Regione Emilia Romagna, nel corso del tempo ha adottato diverse normative volte alla valorizzazione e tutela del suolo, in

---

<sup>147</sup> Sul punto, cfr. W. Gasparri, *Suolo, bene comune?, Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, Diritto Pubblico, fasc. 1, 2016, p. 146.

<sup>148</sup> Cfr. M. Munafò, *Consumo di suolo e tutela del territorio*, Il Mulino, fasc. 5, 2018.

<sup>149</sup> Si veda *amplius* sul tema, A. Delpiano, E. Malossi, S. Trombetta, *Provincia di Bologna: dispersione insediativa e controllo del consumo di suolo nel Ptcp*, in *Urbanistica Dossier: Consumo di suolo e governo del territorio*, 2011.

<sup>150</sup> Art. 7 c. 2 LR Emilia Romagna 24 marzo 2000 n.20 s.m.i.

particolare la prima disciplina regionale ad occuparsi della materia del consumo di suolo è stata la L.R. 20/2000 che successivamente modificata dalle L.R. 6/2009 e 17/2014, ha costituito l'impianto normativo volto sulla cui base si fondavano gli interventi volti alla riduzione del consumo di suolo, alla prevenzione e mitigazione degli eventi di dissesto idrogeologico e tutela del territorio.

In particolare, la abrogata legislazione regionale, in materia di consumo di suolo, si fondava sulla normativa contenuta nella richiamata legge urbanistica del 2000 che consegnava alla pianificazione urbanistica, l'obiettivo di supportare la qualificazione e il recupero del patrimonio edilizio esistente<sup>151</sup>.

L'assetto normativo che si è venuto a creare nel corso del tempo era sostanzialmente volto, sul piano ideologico, ad attuare politiche pubbliche territoriali di maggiore responsabilità nei confronti delle risorse non rinnovabili.

## **7.2. La Legge Regionale n. 24/2017.**

Da ultimo la L.R. n. 24/2017 ha abrogato la L.R. n. 20/2000 modificata dalle L.R. nn. 6/2009 e 17/2014, sancendo i principi del contenimento del suolo e della tutela del territorio.

L'obiettivo principale che la L.R. n. 24/2017 si pone è quello del consumo di suolo a saldo zero da raggiungere entro il 2050 con il limite al consumo di suolo del 3% della superficie del territorio urbanizzato<sup>152</sup>.

La legge prevede, al fine della limitazione della dispersione insediativa e a favore della concentrazione degli insediamenti già esistenti, un sistema di incentivi; nonché l'introduzione di un meccanismo di quote differenziate e di equalizzazione a livello territoriale nell'ambito di Città metropolitane o di unioni di Comuni o dei cosiddetti soggetti di area vasta<sup>153</sup>. La normativa si presenta come particolarmente innovativa anche per l'introduzione del cd P.U.G. (Piano urbanistico generale) volto a sostituire

---

<sup>151</sup> Cfr. sul limite alla espansione territoriale, nel rispetto di un approccio socio-economico in controtendenza rispetto al regime previgente (basato sul consumo delle risorse naturali), si veda S. Latouche, *La scommessa della decrescita*, Bologna, 2009; sul tema della limite del 3%, *ex multis*, O. Pini, *Semplificazione, limiti all'espansione, rigenerazione dell'esistente: gli ambiziosi obiettivi della nuova l.r. Emilia-Romagna n. 24/2017 sulla tutela e l'uso del territorio*, op.cit.

<sup>152</sup> Sul punto si veda in particolare, titolo II, capo II, L.R. 24/2017 citata, artt. 7-11.

<sup>153</sup> Cfr. O. Pini, *Semplificazione, limiti all'espansione, rigenerazione dell'esistente: gli ambiziosi obiettivi della nuova l.r. Emilia-Romagna 24/2017 sulla tutela e l'uso del territorio*, in *Le Regioni*, fasc. 4, 2018.

gli esistenti P.R.G., P.S.C., P.O.C. e R.U.E., per superare tutte le complessità del precedente sistema, che comportavano un ritardo significativo nell'elaborazione dei processi di pianificazione<sup>154</sup>.

Ai sensi dell'art. 6 *"l'attribuzione di quote differenziate di superficie territoriale consumabile è accompagnata da misure di perequazione territoriale"*<sup>155</sup>. Al fine di raggiungere l'obiettivo del cd. saldo zero è stato introdotto un meccanismo graduato temporalmente, in cui nei primi 3 anni dall'entrata in vigore della legge i Comuni possono dare attuazione ai piani vigenti e completare processi di pianificazione in corso. Allo scadere dei 3 anni, decadono le previsioni di espansione rispetto al territorio urbanizzato al 01/01/2018 non inserite in piani attuativi.

Ai fini dell'applicazione di questa soglia, tuttavia, vi sono diverse eccezioni.

In particolare, non rientrano nel limite del 3% le opere pubbliche, le opere di interesse pubblico e quelle per insediamenti strategici volti ad aumentare l'attrattività e la competitività del territorio, inoltre non rientrano le opere di ampliamento di insediamenti produttivi (lotti di completamento), nuovi insediamenti produttivi di interesse regionale, fabbricati in territorio rurale per l'impresa agricola.

In questo contesto, il consumo di suolo resta consentito soltanto per quelle edificazioni di edilizia residenziale sociale e per gli interventi di rigenerazione di parti significative del territorio urbanizzato a prevalente destinazione residenziale. Sono, inoltre, previsti incentivi urbanistici per interventi di qualificazione edilizia, ristrutturazione urbanistica, addensamento e sostituzione urbana.

Altro elemento di innovatività della Legge Regionale n. 24/2017 è dato dall'ampliamento del concetto di dotazione ecologica ambientale, costituita dall'insieme degli spazi, delle opere e degli interventi che concorrono a contrastare il cambiamento climatico e suoi effetti sulla società umana e sull'ambiente e conseguentemente a creare un miglioramento nella qualità dell'ambiente urbano<sup>156</sup>.

<sup>154</sup> Cfr. art. 6 L.R. Emilia Romagna 24 marzo 2000 n.20 s.m.i.

<sup>155</sup> Cfr. O. Pini, *Semplificazione, limiti all'espansione, rigenerazione dell'esistente: gli ambiziosi obiettivi della nuova l.r. Emilia-Romagna 24/2017 sulla tutela e l'uso del territorio*, in *op.cit.*

<sup>156</sup> Circa gli interventi di rigenerazione urbana, una disamina storica si rintraccia in G. Bollini, E. Laniado, M.R. Vittadini (a cura di), *Valutare la rigenerazione urbana, Regione Emilia-Romagna*, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, Fasc. 2, 2019.

### 7.3. Riuso e rigenerazione urbana: gli incentivi urbanistici.

Nel quadro della L.R. n. 24/2017, l'obiettivo prioritario e fondamentale del governo del territorio, è costituito dal riuso e dalla rigenerazione urbana rispetto all'ulteriore consumo di suolo.

Gli strumenti della pianificazione territoriale e paesaggistica unitamente alla pianificazione urbanistica comunale contribuiscono ad assicurare, definire e coordinare le politiche di sviluppo territoriale sostenibile, di riduzione del consumo di suolo e di tutela e valorizzazione del paesaggio. In questo contesto, il Titolo II Capo II della L.R. 24/2017, rubricato "*Promozione del riuso e della rigenerazione urbana*" individua alcuni strumenti tesi a garantire interventi edificatori sostenibili, in particolare, le disposizioni di maggior interesse sono rappresentate dagli artt. 7, 8, 9, 11, 12. Più nel dettaglio, l'art. 7 rubricato "*disciplina favorevole al riuso e alla rigenerazione urbana*" definisce gli obiettivi del riuso e della rigenerazione urbana: lo scopo perseguito è quello di aumentare l'attrattività delle aree edificate e accrescere la vivibilità del territorio regionale attraverso la qualificazione e l'ampliamento dei servizi e delle funzioni strategiche insediate secondo criteri di sostenibilità.

Gli interventi di riuso e rigenerazione urbana, pertanto, sono in concreto diretti a conseguire una significativa riduzione dei consumi idrici ed energetici; realizzare bonifiche di suoli inquinati; potenziare il verde urbano; promuovere un'efficiente raccolta differenziata dei rifiuti; sviluppare una mobilità sostenibile (art. 7 c.2)<sup>157</sup>.

Per realizzare le predette finalità, l'art. 7 individua al c. 4 tre tipologie di interventi: interventi di qualificazione edilizia, diretti a realizzare la demolizione e ricostruzione di uno o più fabbricati che presentino scarsa qualità edilizia (art. 7 c.4 lett. a)); gli interventi di ristrutturazione urbanistica, comprensivi degli interventi di costruzione e successiva demolizione che si attuano attraverso permesso di costruire condizionato (art.7 c.4 lett. b)); gli interventi di addensamento o sostituzione urbana, consistenti nei processi di riqualificazione anche incrementali che con riferimento ad aree strategiche o degradate, della città, prevedono una loro significativa trasformazione (art. 7 c. 4 lett. c)).

---

<sup>157</sup> Cfr. B. Graziosi, *Gli interventi di riuso e rigenerazione urbana all'interno del perimetro del territorio urbanizzato e la Legge regionale dell'Emilia Romagna 21 dicembre 2017 n.24*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc.2, 1 aprile 2018, pag.71.

L'art. 8, recante "*incentivi urbanistici per gli interventi di riuso e rigenerazione urbana*", disciplina vari tipi di incentivi, anche, in forma di sgravi, volti a promuovere interventi di riuso e rigenerazione urbana.

In concreto, gli incentivi consistono nell'esclusione dell'applicazione del contributo straordinario previsto nell'ambito degli oneri di urbanizzazione da parte dei comuni oppure in riduzioni del contributo di costruzione nel caso di interventi di riqualificazione urbana.

Alcuni di questi come ad es. l'esenzione, dal contributo straordinario di cui all'16 del Testo Unico 380/2001, o come la riduzione al 20% del contributo di costruzione ordinario, hanno natura di benefici economici; altri come ad es. lo sgravio parziale dell'obbligo di cessione di dotazioni territoriali, sono stati considerati come "solo patrimoniali"<sup>158</sup>. L'art. 8 riconosce anche i cd. incentivi premiali, in termini di diritti edificatori o in altre forme rimesse sia nel *quantum* che nel *modus* alle scelte delle amministrazioni. A tal proposito è stato rilevato che l'incentivazione di matrice urbanistica, non ha nella legge regionale un paradigma obbligato<sup>159</sup>.

L'art. 9 "*standard urbanistici differenziati*" prevede un atto di coordinamento della giunta regionale sul sistema di dotazioni territoriali, infrastrutture e servizi pubblici, che i comuni devono assicurare nell'esercizio e nell'attuazione della pianificazione urbanistica, e fissa inoltre varie regole generali per i comuni tra le quali obblighi di cessione di aree per dotazioni territoriali.

L'art. 11 "*semplificazioni procedurali agli interventi di riuso e rigenerazione urbana*" stabilisce forme di semplificazione procedurale volte a favorire gli interventi nel territorio urbanizzato volti al riuso e alla rigenerazione urbana.

L'art. 12 "*contributi regionali per il riuso e la rigenerazione urbana*" configura la possibilità di concessione di contributi da parte della Regione agli Enti locali e ad altri Enti pubblici nel perseguimento di alcune finalità: realizzazione ed il rinnovo di dotazioni territoriali; acquisizione, demolizione o trasformazione di opere incongrue; attuazione di opere di bonifica, di zone contaminate; progettazione su scala urbana degli interventi; erogazione di servizi di gestione dei processi partecipativi<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> Cfr. B. Graziosi, *Gli interventi di riuso e rigenerazione urbana all'interno del perimetro del territorio urbanizzato e la Legge regionale dell'Emilia Romagna 21 dicembre 2017 n.24, op. cit.*

<sup>159</sup> Cfr. art. 12 L.R. n. 24/2017 disponibile su <https://bur.regione.emilia-romagna.it/bur/area-bollettini/bollettini-in-lavorazione/n-340-del-21-12-2017-parte-prima.2017-12-21.5187908668/disciplina-regionale-sulla-tutela-e-12019uso-del-territorio/1-r-21-12-2017-n.24>

<sup>160</sup> Ibidem.

Lo stesso articolo stabilisce che la Regione per le predette finalità può costituire o partecipare a uno o più fondi immobiliari che attuino interventi di rigenerazione urbana. La stessa Regione può, altresì, costituire un fondo di garanzia per favorire l'accesso al credito per l'attuazione degli interventi di riuso e di rigenerazione urbana.

La disciplina dettata dall'articolo 12 stabilisce, inoltre, che la Regione possa anche attivare specifiche convenzioni per promuovere la diffusione di sistemi di *rating* di sostenibilità delle costruzioni sia dei singoli edifici che in ambito urbano; che la Regione rispetti gli obblighi previsti dalla normativa vigente relativi all'insediamento di opere d'arte negli interventi di costruzione o ricostruzione di edifici pubblici, al fine di assicurare la realizzazione degli interventi di riuso e rigenerazione urbana<sup>161</sup>.

Infine, è stabilito che per i componenti degli uffici di piano, la Regione deve prevedere processi di formazione e aggiornamento professionale e deve incentivare iniziative di promozione della cultura urbanistica, soprattutto con riferimento al riuso e alla rigenerazione delle città.

#### **7.4. Interventi di riuso e rigenerazione urbana.**

Allo stato attuale, la normativa regionale in tema di riuso e rigenerazione urbana, tuttavia, è stata esposta ad alcuni dubbi di attuabilità. In particolare, due ordini di dubbi, sono stati sollevati in merito alla disciplina degli interventi urbanistici.

Il primo problema concerne l'attuabilità in esito al decorrere del termine di tre anni di interventi diretti sul territorio diversi da quelli di riuso e rigenerazione urbana. Difatti, qualora questi interventi siano già stati programmati sulla base di piani urbanistici anteriori all'entrata in vigore della legge, non avendo la stessa abrogato i piani previgenti pare palese la antinomia tra il dettato dei previgenti piani e quello apparente della norma regionale.<sup>162</sup>

Il secondo ordine di problemi attiene alla compatibilità dell'art 4 in riferimento al periodo intertemporale. In particolare, la norma dispone che *“possono essere attuate unicamente le previsioni della pianificazione vigente relative al territorio urbanizzato aventi i*

<sup>161</sup> Cfr. sul punto B. Graziosi, *Gli interventi di riuso e rigenerazione urbana all'interno del perimetro del territorio urbanizzato e la Legge regionale dell'Emilia Romagna 21 dicembre 2017 n.24, op. cit.*

<sup>162</sup> Cfr. B. Graziosi, *Il regime transitorio sulla quota massima di consumo di suolo nella Legge urbanistica regionale dell'Emilia Romagna n. 24 del 21.12.2017, in Rivista giuridica dell'Edilizia, fasc.1, 2018.*

*requisiti degli interventi di riuso e rigenerazione urbana*"<sup>163</sup>. Il problema principale in questo caso è che la norma si riferisce ad un territorio dotato del crisma di urbanizzato senza un puntuale riconoscimento pianificatorio.

Entrambe le problematiche scontano un vizio di fondo che si sostanzia nella mancata perimetrazione del territorio urbanizzato entro cui far ricadere gli interventi <sup>164</sup>. Pertanto, è necessario procedere, al fine di poter provvedere puntualmente ad interventi di rigenerazione urbana e di riuso, ad una puntuale perimetrazione del territorio urbanizzato, unica circostanza in grado di dar vita e significato alla innovativa disciplina che la regione Emilia Romagna ha dettato in tema di consumo di suolo.

## 7.5. Attuazione della riforma.

Al fine della attuazione degli strumenti incentivanti per la rigenerazione e il riuso, sono state approvate le delibere di giunta regionale 487/2018<sup>165</sup> e 550/2018<sup>166</sup>. In particolare, la delibera di giunta regionale 487/2018, ha ad oggetto la approvazione dello schema di convenzione regolante il finanziamento per assicurare la realizzazione di interventi di rigenerazione urbana "*Piano operativo del Fondo sviluppo e coesione infrastrutture 2014-2020*"<sup>167</sup>.

A seguito della approvazione di quest'ultima, la Giunta Regionale ha emanato anche la deliberazione 550/2018 avente ad oggetto la approvazione del Bando

<sup>163</sup> Cfr. B. Graziosi, *Gli interventi di riuso e rigenerazione urbana all'interno del perimetro del territorio urbanizzato e la Legge regionale dell'Emilia Romagna 21 dicembre 2017 n.24, op. cit.*

<sup>164</sup> Sul punto deliberazione della giunta regionale 5 aprile 2018, n. 487 "*Approvazione schema di convenzione regolante il finanziamento per assicurare la realizzazione di interventi di rigenerazione urbana previsti dal piano operativo del Fondo sviluppo e coesione infrastrutture 2014-2020 (Asse tematico E: Altri interventi) a valere sulle risorse di quest'ultimo, ai sensi della Legge 23 dicembre 2014 n. 190, art.1, comma 703, e della delibera CIPE 10 agosto 2016 b. 25, nonché della delibera CIPE 1 dicembre 2016 n. 54*" disponibile su <https://bur.regione.emilia-romagna.it/dettaglio-inserzione?i=129b2dc95d324c1f9f038442468d35de>

<sup>165</sup> Sul punto deliberazione della giunta regionale 16 aprile 2018, n. 550 "*Approvazione del Bando rigenerazione urbana. Piano operativo del Fondo sviluppo e coesione infrastrutture 2014-2020 (Asse tematico E: Altri interventi)*" disponibile su

<https://bur.regione.emilia-romagna.it/dettaglio-inserzione?i=d35bdbaaac9540ff8ccd1c9a8486f268>

<sup>166</sup> Disponibile su

<https://bur.regione.emilia-romagna.it/dettaglio-inserzione?i=d35bdbaaac9540ff8ccd1c9a8486f268>

<sup>167</sup> Disponibile su

<https://bur.regione.emilia-romagna.it/dettaglio-inserzione?i=d35bdbaaac9540ff8ccd1c9a8486f268>

rigenerazione urbana. Piano operativo del Fondo sviluppo e coesione infrastrutture 2014-2020<sup>168</sup>.

Grazie all'emanazione di queste due delibere si è concretamente data attuazione, soprattutto sotto il profilo finanziario, agli strumenti individuati dalla Legge Regionale.

## **7.6. Alcune considerazioni a margine della Legge Regionale Emilia-Romagna sul consumo di suolo.**

L'intervento normativo della Regione Emilia Romagna, come ricostruito, presenta degli spunti di grandissimo interesse e di particolare innovatività. Tuttavia, misurare la portata concreta dell'intervento normativo e pertanto l'impatto che la stessa ha avuto sul territorio è operazione complessa. Attraverso la comparazione delle relazioni sul "*consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici*" dell'Ispra, dall'edizione 2017 fino all'edizione 2019 si evince come il consumo di suolo nel territorio della Regione Emilia Romagna sia in progressiva riduzione, seppur lontana dal raggiungimento dell'auspicabile obiettivo del saldo zero<sup>169</sup>. Attribuire il merito di questa riduzione del consumo di suolo alla introduzione della Legge Regionale n. 24 del 2017, sarebbe comunque errato prima che fuorviante.

Difatti per la concreta attuazione degli strumenti individuati dalla legge, occorrerà attendere non tanto l'adozione degli strumenti urbanistici, che come visto (supra § 7.4.) sono in corso di attuazione, ma la effettiva portata che le Amministrazioni comunali sapranno conferire agli strumenti, specie in tema di pianificazione generale, che la Legge Regionale ha dato loro. È evidente che, nel futuro, il ruolo dei Comuni sarà sempre più centrale nell'elaborare indirizzi generali e strategici del territorio. Sebbene si possa accogliere con favore l'introduzione di una normativa specifica in materia di consumo di suolo, in quanto circostanza sintomatica di una

<sup>168</sup> Disponibili su <http://www.isprambiente.gov.it/temi/suolo-e-territorio>

<sup>169</sup> Vedi P. Pileri, *Compensazione ecologica preventiva. Principi strumenti e casi*, Carocci, 2007, 68; Cartei rileva che un "*ulteriore problema sul piano interno è quello rappresentato dalla proliferazione dei livelli politici di governo. L'aver suddiviso senza un vero e proprio criterio tra programmazione ed attuazione sulle competenze in tema di governo del territorio ha finito per lasciare quest'ultimo concetto non perimetrabile in una puntuale definizione legislativa, bensì definibile soltanto ex post attraverso i criteri forniti in via pretoria dal Consiglio di Stato*". Sul punto, G. Cartei, *Il consumo di suolo. Atti del Convegno del 3 dicembre 2015*, in Giustamm n. 1/2016, all'indirizzo: <https://www.giustamm.it/ga/id/2016/1/5155/d>.

sensibilità diffusa sul tema e di una consapevolezza della rilevanza della questione e della necessità di una tutela di fondamentali interessi della collettività, tuttavia, dall'altro lato, essa è sintomatica del vuoto legislativo nel quale la normativa regionale si è andata a collocare.

## **8. La legge n. 14 del 2017 della Regione Veneto.**

### **8.1. Introduzione.**

Come detto, in assenza di una legislazione statale in materia, la Regione Veneto ha assunto una autonoma iniziativa per dare diretta attuazione agli orientamenti europei<sup>170</sup>. La legge regionale 6 giugno 2017, n. 14, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione del 9 maggio 2017<sup>171</sup>, ed entrata in vigore il 24 giugno 2017, è volta a promuovere un processo di revisione sostanziale della disciplina urbanistica. In particolare, il Veneto ha declinato in modo originale e autonomo, i lineamenti essenziali del disegno di legge A.C. 2039 all'esame del Parlamento.

La normativa veneta è abbastanza agile: composta da ventinove articoli contiene le definizioni, i principi e gli obiettivi. Essa rimette a strumenti di regolazione territoriale e a regolamenti la concreta attuazione degli interventi e il perseguimento delle finalità posti dalla legge stessa. La L.R. 14/2017 assume a fondamento la volontà di attuare i valori costituzionali di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema sanciti dagli artt. 9 e 117 della Costituzione nonché il principio di sviluppo sostenibile di cui

<sup>170</sup> Legge regionale 6 giugno 2017 Disposizioni per il contenimento del consumo di suolo e modifiche della legge regionale 23 aprile 2004, n. 11, "Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio", pubblicata sul BUR Veneto n. 56 del 9 giugno 2017.

<sup>171</sup> L'art. 8 "Patrimonio culturale e ambientale" reca espressamente "1. Il Veneto, nel rispetto del principio di responsabilità nei confronti delle generazioni future, opera per assicurare la conservazione e il risanamento dell'ambiente, attraverso un governo del territorio volto a tutelare l'aria, la terra, l'acqua, la flora e la fauna quali beni e risorse comuni. 2. La disponibilità e l'accesso all'acqua potabile, nonché all'acqua necessaria per il soddisfacimento dei bisogni collettivi, costituiscono diritti universali. La Regione garantisce a ciascun individuo il diritto al minimo vitale giornaliero d'acqua quale diritto alla vita. 3. La Regione, consapevole dell'inestimabile valore del patrimonio storico, artistico, culturale e linguistico del Veneto e di Venezia, si impegna ad assicurarne la tutela e la valorizzazione ed a diffonderne la conoscenza nel mondo. 4. La Regione tutela e valorizza gli aspetti tipici e caratteristici dell'ambiente e delle produzioni venete. 5. La Regione tutela il paesaggio e riconosce l'importanza delle attività rurali e forestali ai fini del miglioramento della qualità della vita, della tutela della biodiversità, della sicurezza alimentare e della salvaguardia del territorio. 6. La Regione riconosce e garantisce il diritto dei cittadini a essere informati sulle condizioni e qualità dell'ambiente, sui rischi per la salute e su ogni altra situazione di criticità che si manifesti sul suo territorio".

all'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 8 dello Statuto regionale<sup>172</sup>.

Il richiamato art. 8 disciplina il cd. "principio di responsabilità nei confronti delle generazioni future"<sup>173</sup>, finalizzato a garantire e ad assicurare la preservazione dell'ambiente tramite una gestione del territorio protesa alla tutela delle risorse naturali in quanto beni comuni (o *res communes*)<sup>174</sup>. La Regione ha, evidentemente, voluto interpretare in modo ampio la propria competenza "concorrente" in materia di governo del territorio, ponendola in stretta connessione - con ruolo quasi strumentale - con la salvaguardia dell'ambiente e con i principi statutari della Regione Veneto<sup>175</sup>.

<sup>172</sup> Sulla questione, cfr. U Pomarici, *Responsabilità verso le generazioni future*, in F. Ciaramelli-F. Menga (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto, all'etica e alla politica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; T. Greco, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XX, 2018, 1, pp. 249-264.

<sup>173</sup> Per un brevissimo riferimento ai beni comuni e alla diversa gestione in relazione al sistema politico cfr. V. Papadimitropoulos, *The Politics of the Commons: Reform or Revolt?*, TripleC, 2017; sul rapporto tra beni comuni e suolo cfr. E. Boscolo, *Beni Comuni e consumi di suolo, alla ricerca di una disciplina legislativa*, in P. Urbani, (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, 2015; C.A. Graziani, *Terra, bene comune: dalla sindrome Nimby al giardino dell'Eden*, in *Agricoltura e 'beni comuni'*, Atti del Convegno IDAIC (Lucera, 27-28 ottobre 2011), Giuffrè 2012; S. di Lieto, *Beni comuni, diritti fondamentali e Stato sociale: la Corte di cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. Dir.*, 2011; G. Caparezza Figlia, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle sezioni unite*, in *rass.dir.civ.*, 2012; C. M. Cascione, *Le sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur.it.*, 2011. L'idea di suolo come bene comune è stata collocata entro il recinto costituzionale di cui all'art. 42 co.2, Cost., in funzione delle utilità e dei valori che certi beni possiedono, sul punto W. Gasparri, *Suolo, bene? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *dir.pub.*, fasc. 1, 2016. Per un diverso orientamento, cfr. P. Stella Richter, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *studi in onore di Franco Piga*, Milano, Giuffrè, 1992.

<sup>174</sup> I quali a loro volta sarebbero legittimati dallo Stato per il tramite dell'approvazione dello Statuto Regionale. Cfr. sul punto L. Viel, *Commento all'articolo 1 l.r. n. 14/2017 in Contenimento del consumo di suolo e rigenerazione urbana. Commentario alla legge della Regione Veneto 6 giugno 2017, n. 14* (a cura di B. Barel), Corriere del Veneto, 2017.

<sup>175</sup> Cfr. Rapporto Ispra, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici* Ed. 2019. Circa la regione Veneto il Rapporto Ispra riporta che "Dai dati sul consumo di suolo 2018 risulta che, anche quest'anno come lo scorso, il Veneto è la prima regione come incremento di consumo, anche se in lieve flessione (923 ettari consumati nel 2018 contro più di 1.100 del 2017). Del territorio consumato nell'arco dell'anno, la maggior parte, 570 ettari, è dovuto a cantieri, 132 ettari a edifici, 36 ettari a cave e 11 ettari a strade asfaltate. Con la classificazione in uso non è possibile definire se il nuovo consumo è dovuto ad aree industriali o residenziali, ma analizzando in dettaglio i dati dei 20 comuni che presentano il consumo più elevato (consumo che varia dai 9 ai 45 ettari per un totale di 314 ettari, pari al 34% di tutto il nuovo consumo di suolo nella regione nel 2018) risulta che circa 72 ettari sono dovuti alla costruzione di strade e 110 ettari all'ampliamento di aree industriali. Sembra, da questa fotografia, che rispetto all'anno scorso sia diminuito il consumo di suolo dovuto alle infrastrutture (130 ettari nei 23 comuni con consumo di suolo superiore ai 10 ettari nel 2017), anche dovuto al fatto che i cantieri dei lavori per la Superstrada Pedemontana Veneta ormai sono quasi tutti aperti e si avviano alle fasi finali di costruzione dell'opera (nel 2018 questi cantieri hanno occupato circa 66 ettari tra le province di Treviso e Vicenza, che sommati ai 477 ettari degli anni precedenti danno un totale, ad oggi, di 543 ettari), mentre c'è un notevole aumento del consumo dovuto alle aree industriali, che era di 65 ettari lo scorso anno (nei 23 comuni di cui sopra). A questo proposito, si è assistito negli ultimi anni a un aumento considerevole del consumo di suolo dovuto alla costruzione di immensi poli logistici con magazzini di proporzioni gigantesche: il

L'impulso all'iniziativa legislativa è maturato nell'ambito dell'eccezionale consumo di suolo regionale nel periodo più recente, ben superiore alla media nazionale e ancor più a quella europea<sup>176</sup>. Si è voluto pertanto avviare una modifica radicale della legislazione regionale in materia urbanistica, e ripensare i modelli regolatori, avviando un nuovo percorso<sup>177</sup> che, pur essendo stato in qualche misura già prefigurato dalla legge urbanistica regionale n. 11 del 2004, non era stato in grado di incidere effettivamente sulla pianificazione<sup>178</sup>.

Precisamente, sul punto, la normativa, individua all'art. 1 i **"Principi generali"** e in particolare si dispone che *"il suolo, risorsa limitata e non rinnovabile, è bene comune di fondamentale importanza per la qualità della vita delle generazioni attuali e future, per la salvaguardia della salute, per l'equilibrio ambientale e per la tutela degli ecosistemi naturali, nonché per la produzione agricola finalizzata non solo all'alimentazione ma anche ad una insostituibile funzione di salvaguardia del territorio"*<sup>179</sup>. Ai successivi artt. 2 e 3 vengono individuati rispettivamente le definizioni e gli obiettivi e le finalità della legge<sup>180</sup>. L'art. 4 dispone le *"misure di programmazione e di controllo sul contenimento del consumo di suolo"*<sup>181</sup>.

---

*più grande è di 15 ettari a Nogarole Rocca (VR), ma ci sono almeno altri 5 esempi di magazzini con superfici di 5 ettari o più, in corso di costruzione tra il 2016 e il 2019 in varie parti del Veneto, destinati alla grande distribuzione (prevalentemente di prodotti alimentari) e all'e-commerce. Bisogna considerare poi che la superficie totale impermeabilizzata risulta essere pari a circa il doppio della superficie dell'edificato, senza considerare le opere infrastrutturali che spesso si accompagnano a tali interventi. Altro fenomeno caratteristico del Nord-Est, soprattutto negli ultimi due anni, è l'espansione di strutture produttive già esistenti. Risulta un consumo di 30 ettari nel corso di quest'anno solo calcolando quelle di proporzioni maggiori, relative a 4 operatori di vari settori, dalla costruzione di materiale elettrico alla lavorazione del legno. Infine merita una riflessione il fatto che la costruzione o l'ampliamento di strutture produttive vada sempre a discapito di aree agricole e mancano esempi virtuosi in cui si recuperano aree dismesse, spesso disponibili a causa della crisi economica degli ultimi anni. Per questo motivo si è scelto quest'anno di focalizzare l'attenzione su questo fenomeno, proponendo le immagini relative agli esempi più significativi, anche se notevole resta comunque nella regione il consumo di suolo per interventi di tipo residenziale (quelli di dimensioni maggiori sono sempre dovuti a costruzione di complessi a scopo turistico), che è, comunque, per la maggior parte più frammentato sul territorio".*

<sup>176</sup> Cfr. L. Viel, *Commento all'articolo 1 l.r. n. 14/2017 in Contenimento del consumo di suolo e rigenerazione urbana, Commentario alla legge della Regione Veneto 6 giugno 2017, n. 14* (a cura di B. Barel), Corriere del Veneto, 2017.

<sup>177</sup> AA.VV., *Contenimento del consumo di suolo e rigenerazione urbana, Commentario alla legge della Regione Veneto 6 giugno 2017 n. 14* (a cura di B. Barel), Veneto2050, I ed., 2019, pag. 71, disponibile su [https://www.veneto2050.it/wp-content/uploads/2019/06/COMMENTARIO\\_lr\\_14-17\\_I.pdf](https://www.veneto2050.it/wp-content/uploads/2019/06/COMMENTARIO_lr_14-17_I.pdf)

<sup>178</sup> Cfr. artt. 1 L. r. Veneto n. 14/2017 su <http://www.consiglio Veneto.it/crvportal/leggi/2017/17lr0014.html>

<sup>179</sup> Cfr. artt. 2-3 L. r. Veneto n. 14/2017 su <http://www.consiglio Veneto.it/crvportal/leggi/2017/17lr0014.html>

<sup>180</sup> Cfr. Art. 4 L. r. Veneto n. 14/2017 su <http://www.consiglio Veneto.it/crvportal/leggi/2017/17lr0014.html>

<sup>181</sup> Segnatamente l'art. 5 si riferisce alla *"qualità architettonica e paesaggistica; qualità delle caratteristiche costruttive, dell'impiantistica e della tecnologia; efficientamento energetico e riduzione dell'inquinamento atmosferico; eliminazione o riduzione delle barriere architettoniche; incremento della sicurezza sotto il profilo,*

L'art. 5 individua le modalità attraverso cui si procederà alla *“Riqualificazione edilizia ed ambientale”* e in particolare che risponderanno ad interventi di riqualificazione sia la demolizione integrale di opere incongrue o di elementi di degrado nonché di manufatti ricadenti in aree a pericolosità idraulica e geologica<sup>182</sup>.

L'art. 6 recante disposizioni in tema di *“Riqualificazione urbana”* dispone che gli interventi di riqualificazione urbana possono essere attuati mediante differenti strumenti:

- a) *“piani urbanistici attuativi, ai sensi degli articoli 19 e 20 della legge regionale 23 aprile 2004, n. 11;*
- b) *comparti, ai sensi dell'articolo 21 della legge regionale 23 aprile 2004, n. 11 ;*
- c) *permessi di costruire convenzionati, ai sensi dell'articolo 28 bis del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia”*<sup>183</sup>.

Il quadro fin qui ricostruito è sintomatico di come la prospettiva del legislatore regionale sia quella di predisporre tutta una serie di strumenti in grado di garantire effettivamente una riorganizzazione e un recupero del suolo, ma soprattutto di evitare e limitare al massimo ulteriore consumo di suolo.

Più in dettaglio l'art. 7 recante *“Rigenerazione urbana sostenibile”* dispone che *“Sulla base dei criteri e degli obiettivi di recupero indicati dalla Giunta regionale ai sensi dell'articolo 4, comma 2, lettera b):*

- a) *il piano di assetto del territorio (PAT) individua gli ambiti urbani di rigenerazione assoggettabili a programmi di rigenerazione urbana sostenibile;*
- b) *il piano degli interventi (PI), con apposita scheda, individua il perimetro dell'ambito assoggettato a un programma di rigenerazione urbana sostenibile dando gli indirizzi per la sua attuazione, ivi comprese le modalità di trasferimento di eventuali attività improprie, le destinazioni d'uso incompatibili e le misure necessarie a garantire il raggiungimento degli obiettivi di rigenerazione.”*<sup>184</sup>

*statico e antisismico, idraulico e geologico, garantendo nella trasformazione dell'area l'invarianza idraulica e valutando, ove necessario, il potenziamento idraulico”* per un confronto con il dettato normativo si consulti il testo integrale della normativa disponibile su <http://www.consiglio Veneto.it/crvportal/leggi/2017/17lr0014.html>

<sup>182</sup> Cfr. Art. 6 L. r. Veneto n. 14/2017 su <http://www.consiglio Veneto.it/crvportal/leggi/2017/17lr0014.html>

<sup>183</sup> Cfr. Art. 7 L. r. Veneto n. 14/2017 su <http://www.consiglio Veneto.it/crvportal/leggi/2017/17lr0014.html>

<sup>184</sup> Cfr. Art. 10 L. R. Veneto n. 14/2017 disponibile su <http://www.consiglio Veneto.it/crvportal/leggi/2017/17lr0014.html>

Per tale ragione è stato istituito un fondo regionale con la finalità di perseguire gli obiettivi della rigenerazione urbana e sostenere le spese di progettazione e demolizione delle opere incongrue. In particolare, l'art. 10 disciplina il "**Fondo regionale per la rigenerazione urbana sostenibile e per la demolizione**" disponendo che *"È istituito un fondo regionale per: a) il rimborso delle spese di progettazione degli interventi previsti nei programmi di rigenerazione urbana sostenibile approvati di cui all'articolo 7;*

*b) il finanziamento delle spese per la redazione di studi di fattibilità urbanistica ed economico-finanziaria di interventi di rigenerazione urbana sostenibile di cui all'articolo 7;*

*c) il finanziamento delle spese per la demolizione delle opere incongrue di cui all'articolo 5, comma 1, lettera a), per le quali il comune, a seguito di proposta dei proprietari, abbia accertato l'interesse pubblico e prioritario alla demolizione.*

*2. Il fondo è disciplinato dal provvedimento della Giunta regionale previsto all'articolo 4, comma 2, lettera g); al fondo possono accedere enti pubblici, organismi di diritto pubblico ed associazioni, singolarmente o in forma associata, nonché soggetti privati.*

*3. La Giunta regionale definisce, sentita la commissione consiliare competente in materia di governo del territorio, i criteri di riparto del fondo"<sup>185</sup>.*

Degna di particolare attenzione pare altresì il disposto di cui all'art. 11 recante "**Accordi di programma per interventi di interesse regionale**", che disciplina precisamente che *"1. Gli accordi di programma approvati ai sensi del combinato disposto di cui dell'articolo 32 della legge regionale 29 novembre 2001, n. 35 e dell'articolo 6, comma 2, della legge regionale 16 febbraio 2010, n.11, possono consentire una deroga ai limiti di consumo di suolo qualora conseguano ad interventi che non sia possibile localizzare all'interno degli ambiti di urbanizzazione consolidata e la Giunta regionale, sulla base dei criteri di cui all'articolo 4, comma 2, lettera f), sentita la competente Commissione consiliare, ne abbia riconosciuto l'interesse regionale alla trasformazione urbanistico-edilizia.*

*2. La deroga prevista al comma 1 va motivata in funzione dei limiti strettamente necessari per il buon esito dell'intervento e prevede adeguate misure di mitigazione e interventi di compensazione ecologica degli effetti del superamento dei limiti di consumo di suolo"<sup>186</sup>.*

<sup>185</sup> Cfr. Art. 11 L. R. Veneto n. 14/2017 disponibile su <http://www.consiglioveneto.it/crvportal/leggi/2017/17lr0014.html>

<sup>186</sup> Cfr. AA.VV., *Contenimento del consumo di suolo e rigenerazione urbana, Commentario alla legge della Regione Veneto 6 giugno 2017 n. 14* (a cura di B. Barel), Veneto2050, I ed., 2019, pag. 71, disponibile su [https://www.veneto2050.it/wp-content/uploads/2019/06/COMMENTARIO\\_lr\\_14-17\\_I.pdf](https://www.veneto2050.it/wp-content/uploads/2019/06/COMMENTARIO_lr_14-17_I.pdf)

Se è pur vero che questa norma contiene una clausola di salvaguardia per un sistema altrimenti troppo rigido, d'altro canto questa disposizione è sintomatica di un compromesso politico sotteso alla normativa e alla sua approvazione. Si tratta, potremmo dire, di un intento vagamente non uniforme del legislatore nel muoversi in maniera decisa verso un concreto azzeramento del consumo di suolo in una Regione che risulta, ad oggi, uno dei territori maggiormente antropizzati e sicuramente uno dei più alterati in Europa.

## 8.2. Consumo di suolo zero al 2050.

Centrale importanza nel quadro normativo<sup>187</sup> svolge il principio del consumo di suolo zero al 2050.

In particolare, appare evidente che il principio ispiratore della legge regionale n. 14/2017, e ciò che ha promosso la revisione della disciplina urbanistica è proprio il perseguimento dell'obiettivo comunitario europeo di azzerarlo entro il 2050 (sul punto *supra*. §3). La legge regionale punta a conseguire l'obiettivo gradualmente tramite una strutturata programmazione regionale e comunale. La deliberazione di Giunta regionale n. 668 del 15 maggio 2018 ha ridotto la quantità massima di consumo di suolo ammesso nel territorio regionale di circa il 40% per un valore pari a 12.793 ettari entro il 2050, e ha conseguentemente elaborato 31 Ambiti Sovracomunali Omogenei (ASO)<sup>188</sup>, cui è stata riconosciuta una quota massima di consumo di suolo che dovranno ripartire tra i singoli comuni<sup>189</sup>.

Successivamente i prospetti comunali hanno ulteriormente ridotto questa quota massima di ulteriori 714 ettari per un totale, attualmente, pari a 12.079 ha<sup>190</sup>.

<sup>187</sup> Sul punto si veda [http://s01-stagingportale.regione.veneto.it/web/guest/comunicati-stampa/dettaglio-comunicati?\\_spp\\_detailId=3174584](http://s01-stagingportale.regione.veneto.it/web/guest/comunicati-stampa/dettaglio-comunicati?_spp_detailId=3174584)

<sup>188</sup> Cfr. M. Breganze de Capnist, *Le nuove prospettive della urbanistica veneta: la legge regionale n. 14 del 2017 sul consumo del suolo*, Introduzione al convegno "Le nuove prospettive della urbanistica veneta l.r. 14/2017 sul consumo del suolo" organizzato dal Centro studi amministrativi della Marca Trevigiana e tenutosi in Treviso il 15 ottobre 2018, disponibile su <http://www.amministrativistiveneti.it/le-nuove-prospettive-della-urbanistica-veneta-l-r-14-2017-sul-consumo-del-suolo/>

<sup>189</sup> Cfr. Sul punto Report ISPRA sul consumo di suolo 2020, pag. 244, disponibile su <https://www.snpambiente.it/2020/07/22/consumo-di-suolo-dinamiche-territoriali-e-servizi-ecosistemici-edizione-2020/>

<sup>190</sup> In questo senso si consulti [https://www.edilportale.com/news/2017/12/ambiente/veneto-obiettivo-consumo-di-suolo-zero-al-2050\\_61637\\_52.html](https://www.edilportale.com/news/2017/12/ambiente/veneto-obiettivo-consumo-di-suolo-zero-al-2050_61637_52.html)

### 8.3. L'attuazione della normativa: tetti in base ai territori.

L'elemento di maggiore rilievo dell'intervento legislativo regionale si rintraccia nella volontà di fissare tetti massimi al consumo di suolo, tenendo conto di alcuni criteri, e in particolare: le specificità dei territori, le caratteristiche qualitative, idrauliche e geologiche dei suoli, la vocazione agricola e di produzione agroalimentare dei suoli, lo stato della pianificazione territoriale, urbanistica e paesaggistica, le varianti verdi.

La prima analisi da svolgersi in ambito regionale si deve basare sugli strumenti di programmazione socio-economica, di pianificazione territoriale e urbanistica e sui dati elaborati dai Comuni nella "Scheda informativa" inviata dalla Regione<sup>191</sup>. La scheda informativa è stata necessaria al fine di elaborare la "*Relazione di sintesi all'indagine conoscitiva*"<sup>192</sup>, che contiene altresì i dati trasmessi dagli Istituti e Agenzie regionali e nazionali.

Questa relazione ha consentito di valutare le dinamiche della "velocità del consumo di suolo" (ettari/anno); nonché di analizzare il trend delle trasformazioni del territorio; di esaminare i diversi usi di suolo; le tendenze in atto. Inoltre si è potuto decifrare anche, sotto il profilo più strettamente antropico l'andamento demografico, la tensione abitativa, l'espansione delle città, il sistema infrastrutturale, il sistema produttivo ed economico e altri fenomeni di pressione sul suolo<sup>193</sup>.

In particolare, la quantità massima di consumo di suolo tollerabile, in ambito regionale, è stata calcolata sulla base dell'analisi degli obiettivi e dei dati territoriali trasmessi dai Comuni, favorendo e promuovendo dei processi di riqualificazione urbana, riqualificazione edilizia e ambientale e rigenerazione urbana sostenibile<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> ALLEGATO A DGR nr. 668 del 15 maggio 2018.

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> Sul punto si veda <https://www.regione.veneto.it/web/ambiente-e-territorio/contenimento-consumo-di-suolo>

<sup>194</sup> Disponibile su <https://bur.regione.veneto.it/BurVServices/pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=370297>

#### **8.4.L'attuazione della normativa: gli strumenti urbanistici.**

Per dare attuazione alla normativa la Regione Veneto ha provveduto all'approvazione di una serie di normative regolamentari di estremo interesse.

Più in dettaglio, pur senza analizzarle, in questa sede, si ricorda che la Giunta regionale del Veneto ha adottato il provvedimento n. 668 del 15 maggio 2018, ai sensi dall'art. 4 della legge regionale n. 14/2017, recante la disciplina della *“Individuazione della quantità massima di consumo di suolo ammesso nel territorio regionale ai sensi dell'articolo 4, comma 2, lettera a) della legge regionale 6 giugno 2017, n. 14. Deliberazione n. 125/CR del 19 dicembre 2017”*<sup>195</sup>.

Successivamente con, la Giunta regionale del Veneto ha adottato il provvedimento n. 1325 del 10 settembre 2018 recante *“Individuazione della quantità massima di consumo di suolo ammesso nel territorio regionale ai sensi dell'articolo 4, comma 2, lettera a) della legge regionale 6 giugno 2017, n. 14, per i Comuni che hanno trasmesso tardivamente i dati e per i Comuni inadempienti. Integrazioni alla deliberazione di Giunta regionale 668/2018. Deliberazione n. 72/CR del 26 giugno 2018”*<sup>196</sup>.

Ancora, con legge regionale n. 14/2019 e con la legge regionale n. 49 del 23 dicembre 2019 i termini per l'adeguamento degli strumenti urbanistici generali dei Comuni (PRG o PAT) *“Veneto 2050”* sono stati in seguito posticipati prima al 31 dicembre 2019, e successivamente al 30 settembre 2020<sup>197</sup>.

#### **8.5. L'attuazione della normativa: gli interventi di demolizione e ripristino del suolo naturale.**

In attuazione della Legge sul Consumo di suolo, il Veneto ha stanziato somme per interventi, ad esempio, di *“erogazione di finanziamenti per interventi di demolizione e ripristino del suolo naturale o seminaturale”*<sup>198</sup>.

<sup>195</sup> Disponibile su <https://bur.regione.veneto.it/BurVServices/pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=378042>

<sup>196</sup> Disponibile su <https://bur.regione.veneto.it/BurVServices/pubblica/DettaglioLegge.aspx?id=410569>

<sup>197</sup> Per un esame dei bandi si può consultare la sezione dedicata disponibile su <https://www.regione.veneto.it/article-detail?articleGroupId=10709&articleId=4773422>

<sup>198</sup> Per un confronto delle comunicazioni della Regione Veneto sui bandi di finanziamento cfr. <https://www.regione.veneto.it/article-detail?articleId=4305325>

I bandi di finanziamento<sup>199</sup>, attivati a partire da luglio 2018, riguardavano diverse fattispecie di interventi sia per la demolizione che per la rinaturalizzazione dei suoli<sup>200</sup>. Nel 2018 sono stati finanziati 8 interventi per complessivi 7.906 m<sup>2</sup> di aree liberate e rinaturalizzate e 24.495 m<sup>3</sup> di opere incongrue demolite<sup>201</sup>.

Più di recente la Giunta regionale ha adottata la deliberazione n. 773 del 4 giugno 2019, volta al finanziamento di interventi per la riqualificazione edilizia, ambientale e per la rigenerazione urbana attraverso la demolizione di opere incongrue o di elementi di degrado<sup>202</sup>.

## **8.6. Brevi considerazioni sulla Legge Regionale Veneto sul consumo di suolo.**

La normativa in commento, come detto, ha consentito di porre in essere delle attività che hanno puntato alla riqualificazione di un territorio a fortissimo impatto antropico e urbano.

Di questo significativo cambio di tendenza ne dà puntuale riscontro lo stesso ISPRA che nel rapporto ed. 2019<sup>203</sup> rileva come il Veneto sia tra le Regioni capofila nell'elaborazione di nuove *goodpractices* per il recupero dei territori. Dalla lettura dello stesso rapporto, tuttavia, emerge altresì come il Veneto sia, ad oggi, la regione con il più alto tasso di impermeabilizzazione territoriale in Italia, e tra le prime in Europa. L'incremento per il 2018 è stato di 858 ettari, pari allo 0,42% in più rispetto al 2017.

<sup>199</sup> AA.VV., *Contenimento del consumo di suolo e rigenerazione urbana, Commentario alla legge della Regione Veneto 6 giugno 2017 n. 14* (a cura di B. Barel), Veneto 2050, I ed., 2019, pag. 71, disponibile su [https://www.veneto2050.it/wp-content/uploads/2019/06/COMMENTARIO\\_lr\\_14-17\\_I.pdf](https://www.veneto2050.it/wp-content/uploads/2019/06/COMMENTARIO_lr_14-17_I.pdf)

<sup>200</sup> Cfr. Rapporto Ispra, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici* Ed. 2019.

<sup>201</sup> Cfr. Deliberazione della giunta regionale n. 773 del 04 giugno 2019 “*Fondo regionale per la rigenerazione urbana sostenibile e per la demolizione. Finanziamento di interventi di demolizione di opere incongrue con ripristino del suolo naturale o seminaturale. Articolo 5, comma 1, lettera a) e articolo 10, comma 1, lettera c) della legge regionale 6 giugno 2017, n. 14. Bando 2019. Deliberazione n. 45/CR del 23 aprile 2019*”. Disponibile su <https://bur.regione.veneto.it/BurVServices/pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=395937>

<sup>202</sup> Cfr. Rapporto Ispra, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici* Ed. 2019 pagg. 30-50. Disponibile su

[https://www.snambiente.it/wp-content/uploads/2019/09/Rapporto\\_consumo\\_di\\_suolo\\_20190917-1.pdf](https://www.snambiente.it/wp-content/uploads/2019/09/Rapporto_consumo_di_suolo_20190917-1.pdf)

<sup>203</sup> Cfr. Rapporto Ispra, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici* Ed. 2019 pag. 51 Disponibile su

[https://www.snambiente.it/wp-content/uploads/2019/09/Rapporto\\_consumo\\_di\\_suolo\\_20190917-1.pdf](https://www.snambiente.it/wp-content/uploads/2019/09/Rapporto_consumo_di_suolo_20190917-1.pdf)

È evidente come la legge regionale, sebbene armata di buone intenzioni, non ha trovato, in concreto, la forza politica necessaria per intervenire con decisioni su un territorio fortemente inciso dalla antropizzazione.

Un altro dato ci può aiutare, con riferimento al Veneto, a capire quanto l'intervento umano non sia in alcun modo correlato ad esigenze specifiche delle comunità: a fronte di una decrescita della popolazione l'indicatore di consumo di suolo marginale per gli anni 2017-2018 è stato pari a  $-3.705 \text{ (m}^2/\text{ab)}^{204}$ , il rapporto tra il consumo di suolo e la crescita della popolazione in termini percentuali è stato pertanto pari al  $-8,01\%^{205}$ .

Queste brevi pennellate su un tema che meriterebbe ampio spazio sono sintomatiche di quanto l'intervento regionale non sia stato in concreto in grado di impattare in maniera significativa in un tessuto economico ancora troppo collegato a vetuste dinamiche di sfruttamento delle risorse naturali e non ancora concretamente agganciato a modelli di sviluppo economico basato sui meccanismi della cd. economia circolare<sup>206</sup>.

## 9. Normative a confronto: Emilia-Romagna e Veneto.

La disamina delle normative regionali di Emilia-Romagna (*supra* § 7) e Veneto (*supra* § 8) tra le più avanzate nel panorama nazionale ci ha posto dinanzi a due tentativi, diversi, e differentemente efficaci di intervenire sul tema del consumo di suolo. La capacità delle normative di impattare sul territorio di appartenenza è già stata illustrata. Si tenga presente come la Regione Emilia-Romagna a dispetto della Regione Veneto abbia introdotto da subito forti limitazioni alla impermeabilizzazione del suolo mentre il Veneto fissando quota consumo zero al 2050 ha voluto rinviare il problema ad una fase successiva.

Entrambe le normative, e ciò è da accogliere con favore, tendono a valorizzare, come si è visto, le *good practices* finalizzate al recupero dei territori mettendo a

<sup>204</sup> *Ibidem*.

<sup>205</sup> Cfr. *amplius*, sul tema D. Bianchi, *Economia circolare in Italia. La filiera del riciclo asse portante di un'economia senza rifiuti*, Edizioni Ambiente, 2018; AA.VV., *L'economia circolare: collegare, generare e conservare il valore*, Comunità europea. Commissione, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2014; E. Bompan, I. N. Brambilla, *Che cosa è l'economia circolare*, Edizioni Ambiente, 2016.

<sup>206</sup> Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici, Ed. 2020, disponibile su [https://www.snpambiente.it/wp-content/uploads/2020/07/Rapporto\\_consumo\\_di\\_suolo\\_2020\\_31luglio.pdf](https://www.snpambiente.it/wp-content/uploads/2020/07/Rapporto_consumo_di_suolo_2020_31luglio.pdf)

disposizione anche fondi e risorse economiche. L'impressione, tuttavia, è che il Veneto anche nel richiamare principi quali quello di "responsabilità verso le generazioni future" abbia voluto porsi ad un livello morale ed etico molto alto cui tuttavia, in concreto non coincide una concreta strumentazione giuridica.

Viceversa, la Regione Emilia-Romagna, pur non enunciando principi altisonanti, imponendo da subito tetti molto stringenti (seppure lontani dall'auspicabile consumo zero) si è resa da subito molto più effettiva nella gestione del problema.

Da una lettura concreta dei dati, emerge, tuttavia, una tendenza da parte di Emilia-Romagna e Veneto a proseguire il *trend* consumistico a fronte di risibili miglioramenti degli *standards*. Più in dettaglio, sulla base delle ricognizioni svolte dall'Ispra si è avuto modo di riscontrare che in Veneto nel 2019 sono stati consumati 785 ettari mentre in Emilia-Romagna 404 ha<sup>207</sup>.

Il Veneto si colloca come prima regione in Italia per consumo di suolo con una *ratio of land consumption rate to population growth rate* pari a 21,71. Questo dato indica la crescita del consumo di suolo/pro-capite: nonostante una crescita della popolazione contenuta il consumo di suolo è notevole. Si pensi, ad esempio, che questo stesso dato in Emilia-Romagna è pari a 1,32<sup>208</sup>. Questi dati tengono conto, solo marginalmente della effettiva attuazione della normativa. Infatti, nei primi due anni di applicazione della legge Regionale, in Emilia-Romagna sono stati approvati 57 tra piani urbanistici attuativi (PUA) e piani particolareggiati. Questi interventi prevedono una trasformazione pari a 340 ettari per una media di 85 ettari ogni sei mesi. Pertanto, seguendo questo *trend* la Regione Emilia-Romagna, nel prossimo futuro, dovrebbe consumare circa 170 ha l'anno a fronte dei 404 consumati nel 2019. La regione Veneto invece, come detto, ha elaborato 31 Ambiti Sovracomunali Omogenei (ASO) in modo da attribuire una quota massima di consumo di suolo che dovranno ripartire tra i singoli comuni nell'ottica di raggiungere entro il 2050 quota di consumo di suolo pari a zero.

I piani territoriali, in Veneto, hanno stabilito, come detto, un tetto massimo di 12.079 ha consumabili entro al 2050. In questo modo sarà possibile consumare una

<sup>207</sup> Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici, Ed. 2020, disponibile su [https://www.snpambiente.it/wp-content/uploads/2020/07/Rapporto\\_consumo\\_di\\_suolo\\_2020\\_31luglio.pdf](https://www.snpambiente.it/wp-content/uploads/2020/07/Rapporto_consumo_di_suolo_2020_31luglio.pdf)

<sup>208</sup> Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici, Ed. 2020, disponibile su [https://www.snpambiente.it/wp-content/uploads/2020/07/Rapporto\\_consumo\\_di\\_suolo\\_2020\\_31luglio.pdf](https://www.snpambiente.it/wp-content/uploads/2020/07/Rapporto_consumo_di_suolo_2020_31luglio.pdf)

media di 402 ha l'anno per i prossimi 30 anni a fronte dei 785 ha consumati nel 2019. Questa prospettiva però non può confortare.

Il consumo di suolo che si prospetta resta comunque significativo e ben lontano dalla prospettiva del consumo zero o del richiamato "saldo zero". Peraltro, entrambe le normative rimettono alla competenza e alla pianificazione di ambito comunale la concreta attuazione delle disposizioni di principio contenute nelle leggi regionali. Appare evidente come entrambe le normative regionali nonostante gli altisonanti intenti non hanno avuto il sostegno politico e conseguentemente non hanno individuato gli strumenti giuridici in grado da incidere se non marginalmente sulla gestione del consumo di suolo.

Percepita come una esigenza di gestione urbanistica e non come una problematica di carattere ambientale, la questione del consumo di suolo ha dovuto cedere il passo alle esigenze di sfruttamento del territorio e delle risorse naturali (si pensi alla questione dell'attività di cava in Veneto<sup>209</sup>).

L'analisi di queste normative ci ha consentito di tracciare un quadro a tinte fosche nelle quali le pur lodevoli iniziative dei territori si scontrano con le istanze dei territori e di un sistema economico troppo collegato a meccanismi di sfruttamento piuttosto che a modelli di riqualificazione, valorizzazione e rigenerazione dei territori.

Peraltro, la disomogeneità nella normativa in tema pianificazione territoriale rende sempre meno attrattivo il paese per investitori esteri interessati alla creazione di insediamenti produttivi, attesa la difficoltà nella ricostruzione della disciplina applicabile e la varietà di discipline e frammentarietà delle discipline in relazione ai diversi territori.

È noto, infatti, che un sistema frammentato e disomogeneo risulta poco attrattivo per investitori esteri e di difficile gestione per chi vuole pianificare lo svolgimento di attività di impresa nell'esercizio della libertà di iniziativa economica da parte dei

<sup>209</sup> Sul tema, si vedano per approfondimenti *ex multis*, A. Simonato, *Il rapporto tra Regioni, Stato ed UE alla luce della crisi economica, dell'attualità istituzionale, del dibattito sul principio della multilevel governance*, in *Federalismi* 9/2013, pp. 1-65; A. Simonato, *Multilevel governance. Profili costituzionali. Il coordinamento tra Regioni, Stato e UE*, Padova, 2016; A. Simonato, *Integrazione europea e autonomia regionale: profili giuridici della governance multilivello e politiche di coesione 2021/2027*, in *Federalismi*, 21/2017; F. Palermo, *Autonomia, Europa e secessione. Come stanno le cose?*, entrambi in P. Lattarulo –A. Omizzolo –F. Palermo –V. Provenzano –T. Streifeneder (a cura di), *Le regioni d'Europa tra identità locali, nuove comunità e disparità territoriali*, 2019, pp. 55-76.210. M. Belletti, *Quale ruolo istituzionale per le Regioni e l'Unione europea a rischio di crisi d'identità?*, in *Diritti regionali*, 1/2018, spec. p. 18; ; F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, Milano, 2016.

soggetti dell'ordinamento. Questo problema, che potremmo definire di feudalesimo normativo, appare, come una delle sfide più delicate per il nostro ordinamento giuridico, e per l'intero il sistema economico nazionale.

## 10. Conclusioni. Alcune considerazioni per una legge nazionale.

A conclusione della breve rassegna svolta finora sembra che si possa tracciare un bilancio provvisorio. Pare opportuno, innanzitutto, segnalare come le autonomie rappresentino un livello identificativo irrinunciabile<sup>210</sup>, sia degli ordinamenti costituzionali statali, sia di quello europeo<sup>211</sup>, in quanto sono, come è stato rilevato, uno dei punti di saldatura fra i concetti di "identità costituzionale" e di "identità nazionale"<sup>212</sup>.

Occorre però, ad avviso dello scrivente cercare di declinare l'irrinunciabilità delle autonomie (collante tra lo Stato e cittadino e elemento indispensabile delle democrazie), con il principio della unicità statale, uniformità e coesione territoriale<sup>213</sup>. È evidente a tutti che le politiche di contenimento del consumo di suolo, allo stato della legislazione vigente, non possono prescindere dal ruolo attribuito alle regioni nel governo del territorio e dalla discrezionalità attribuita ai

<sup>210</sup> Nel corso del dibattito avviato il 1 marzo 2017, dopo l'esito del referendum sulla Brexit, con la presentazione di un Libro bianco sul futuro dell'Europa, la Commissione europea ha fatto riferimento alle questioni dei rapporti tra autonomie regionali, Stati membri e Unione, concentrando il dibattito specificatamente sui temi delle politiche di coesione economica, sociale e territoriale e della *governance* multilivello. Sul punto in questo senso, si veda Commissione europea, *White Paper on the Future of Europe, Reflections and scenarios for the EU27 by 2025*, COM (2017)2025, 1 marzo 2017. A questo documento sono seguiti cinque "documenti di riflessione", dedicati ai temi della dimensione sociale dell'Europa, della gestione della globalizzazione, dell'Unione economica e monetaria, del futuro della difesa europea e delle finanze dell'UE. Sul punto si veda M. Tomasi, *Autonomie regionali e identità costituzionale degli Stati membri nell'orizzonte sovranazionale europeo*, in *Federalismi*, 2020.

<sup>211</sup> Sul punto si veda, T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea*, p. 9. Sulle differenti ricostruzioni interpretative del richiamo alle "identità nazionali" contenute nell'art. 4, § 2 TUE, quale meccanismo di europeizzazione dei controlimiti o «maldestro» tentativo di una loro neutralizzazione, si v. A. Ruggeri, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, 2006 e M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

<sup>212</sup> Sul tema si rimanda per un approfondimento a G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Università degli studi di Teramo, Collana della Facoltà di Giurisprudenza.

<sup>213</sup> Cfr. P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *Riv. Giur. Ed.*, fasc. 3, 2016.

comuni del determinare la crescita dell'espansione, la riqualificazione e la riconversione urbana<sup>214</sup>.

Trovare un bilanciamento tra le opportunità autonomiste e i beni costituzionali irrinunciabili e inderogabili è la sfida che si prospetta nel prossimo futuro.

Come si è osservato, nel vuoto normativo che si è creato sul tema del consumo di suolo, sia in ambito euro-unitario che in ambito nazionale, le Regioni hanno saputo ritagliarsi un ruolo evidentemente alternativo nel perseguimento delle finalità di protezione e tutela del territorio<sup>215</sup>. Facendo leva sulle proprie competenze costituzionali, nonostante il latente conflitto che si è snodato con l'Amministrazione statale, le Regioni sono riuscite a intervenire lì dove lo Stato non si è espresso. Questa circostanza, a parere dello scrivente, è sintomatica di una tendenza in relazione alla quale al federalismo si va sostituendo un feudalesimo che sembra caratterizzare questo periodo storico che taluno (non a torto) ha definito come Medioevo postmoderno<sup>216</sup>. Separandoci da considerazioni di ordine storicistico, e

<sup>214</sup> Sul tema della tutela del territorio e del paesaggio come materia di competenza esclusiva dello Stato cfr. P. Marzaro, *L'amministrazione del paesaggio*, Giappichelli, Torino, 2011; S. Amoroso, *La tutela del Paesaggio spetta in primis allo Stato ed è irriducibile al governo (regionale/locale) del territorio*, in *Riv.giur.edil.*, 2008; AA.VV., *Trattato di diritto del territorio, Volume 1* (a cura di F.G. Scoca, P.Stella Richter, P. Urbani), Giappichelli, 2018; C. Marzuoli, *Il paesaggio nel nuovo codice dei beni culturali*, in *Aedon*, 3/2008.

<sup>215</sup> Sul punto cfr. S. Aragona, *Costruire un senso del territorio: Spunti, riflessioni, indicazioni di pianificazione e progettazione*, Gangemi Editore, 2012; Y. Varoufakis, *I deboli sono destinati a soffrire? L'Europa, l'austerità e la minaccia alla stabilità globale*, La nave di Teseo, 2016; D. Fusaro, *Globalizzazione: La lotta di classe al tempo del populismo*, Rizzoli, 2019; *Amplius*, sul tema, cfr. J. Anderson, *The shifting stage of politics: new medieval and postmodern territorialities?*, in *Environment and Planning: Society and Space*, 1996, volume 14, pagg. 133-153. In concreto, occorre richiamare il pensiero di Anderson secondo cui gli "Stati-nazione" nell'Unione europea (UE) sono stati ampiamente erosi "dal basso" dal regionalismo e "dall'alto" dalle istituzioni e dalla globalizzazione dell'UE in un movimento a tenaglia che trasforma le concezioni tradizionali della sovranità territoriale e identità nazionale. Il contesto della concorrenza economica globale e del mercato unico europeo chiede una maggiore federalizzazione e regionalizzazione dell'Europa.

Il moderno concetto di Stato-nazione è da considerarsi un anacronismo. Queste visioni "postmoderne" e "post-nazionaliste" di un'Europa delle regioni sono volte a sostituire l'"Europa degli Stati". D'altro canto, le più tradizionali interpretazioni "realiste" o "funzionaliste" dell'integrazione europea tendono a oscurare la possibilità che emergano forme politiche nettamente nuove.

L'UE viene spesso interpretata come una forma politica "di transizione" tra, da un lato, l'inter-governamentalismo e il sistema moderno di Stati indipendenti e, d'altra parte, un "superstato" europeo, uno "Stati Uniti d'Europa", o uno Stato federale in cui regioni e regionalismo dovranno sostituire nazioni e nazionalismo. Gran parte del dibattito sull'integrazione europea riguarda quale dei due vincerà in futuro. Per Anderson, forse, per alcuni aspetti "il futuro" è già arrivato, e non è né una semplice continuazione del sistema moderno di stati, né uno stato federale in embrione, ma qualcosa di completamente diverso da entrambi, una forma "intermedia" distinta a sé stante e non di transizione.

<sup>216</sup> Sia consentito in questa sede rinviare alla tradizione di Giambattista Vico e alla concezione ciclica della Storia da lui propugnata. Seguendo un'antica tradizione egiziana Vico afferma che la storia è caratterizzata dall'esistenza di tre età che ciclicamente si ripetono (vogliamo subito mettere in evidenza che nel pensiero vichiano la concezione ciclica della storia occupa un posto di fondamentale importanza, sebbene tale concezione

sfuggendo ad un approccio basato sul reiterarsi dei cicli della Storia<sup>217</sup> pare opportuno in questa sede focalizzarsi, brevemente, sulle prospettive che si possono determinare in uno scenario in cui il regionalismo si sostituisca alla dimensione statale.

In altri termini, se le Regioni possono legiferare al di fuori del proprio ambito di competenza, in assenza di una strategia unitaria e coesa di una devoluzione di competenze (che garantisca l'unità e la tenuta del Sistema-Paese), i rischi per un progressivo smembramento dello Stato sono di lapalissiana evidenza. Un esempio<sup>218</sup> è certamente educativo di questa circostanza: le istanze indipendentiste scozzesi<sup>219</sup>.

In questo caso, l'elemento dirimente per il naufragio del referendum sull'indipendenza scozzese è, senza dubbio, stato lo spauracchio dell'uscita del nuovo Stato scozzese dall'Unione Europea.

della storia sia incompatibile con il concetto cristiano di storia, poiché per il cristianesimo la storia presenta un andamento lineare e non è assolutamente ciclica. La concezione ciclica della storia era riscontrabile nel mondo pagano sia nell'antica Grecia sia a Roma). Secondo Vico il metodo storico dovrà procedere attraverso lo studio dei popoli antichi «*poiché i parlari volgari debbono essere i testimoni più gravi degli antichi costumi de' popoli che si celebrarono nel tempo ch'essi si formarono le lingue*», e tramite lo studio del diritto, base dello sviluppo storico delle nazioni. Questo metodo ha portato Vico ad identificare nella storia una legge fondamentale del suo sviluppo che avviene evolvendosi in età e cicli: l'età degli dei, «*nella quale gli uomini gentili credettero vivere sotto divini governi, e ogni cosa esser loro comandata con gli auspici e gli oracoli*»; l'età degli eroi dove si costituiscono repubbliche aristocratiche; l'età degli uomini «*nella quale tutti si riconobbero esser uguali in natura umana*» cfr. G.Vico, *Idea della Scienza Nuova*, BUR, 1977; nello stesso senso, amplius, G.Vico, *Metafisica e Metodo*, Bompiani, 2008.

<sup>217</sup> Gli esempi di spinte autonomiste/indipendentiste in Europa sono numerosissimi, più in dettaglio si richiama il caso della Catalogna con un rinvio all'interessante lavoro di G. Poggeschi, *La Catalogna: fra voglia di secessione e sospensione dell'autonomia*, in *Federalismi*, 2018; nonché a Jorge Cagiao y Conde, *Un sassolino nella scarpa. La Catalogna come chiave della crisi del modello territoriale spagnolo*, *Federalismi*, 2018; A. Gagliardi e A. Marini, *Dagli indipendentisti altoatesini ai sardi, tutte le piccole «Catalogne» d'Italia*, 3 ottobre 2017, Sole24ore, disponibile su <https://www.ilsole24ore.com/art/dagli-indipendentisti-altoatesini-sardi-tutte-piccole-catalogne-d-italia-AEITkJdC>; sui rapporti tra autonomie territoriali ed Unione Europea *ex multis* in prospettiva comparata si veda: T. Groppi, *Unione europea e Regioni: una prospettiva comparata*, in G. Carpani – T. Groppi – M. Olivetti – A. Siniscalchi (a cura di), *Le Regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n. 11/2005*, Bologna, 2007, pp. 183-216; K.J. Nagel, *L'intervento delle Regioni nella politica europea. Un'analisi comparata*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1/2004, pp. 57 ss.; S. Ragone, *Le relazioni con l'Unione europea nei nuovi statuti regionali italiani e spagnoli (con particolare riguardo a quanto disposto in materia di partecipazione alla fase ascendente del diritto comunitario)*, in G.G. Floridaia – R. Orrù (a cura di), *Meccanismi e tecniche di normazione fra livello comunitario e livello nazionale e subnazionale*, Atti del convegno (Teramo, 28-29 aprile 2006), pp. 220-235; A. Simonato, *Il rapporto tra entità federate belghe ed ordinamento euro unitario alla luce delle tensioni tra rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri ed esigenze del mercato comune*, in *Federalismi*, 12/2012.

<sup>218</sup> Caratterizzate, certamente, da specificità storico-culturali che non saranno oggetto di trattazione in questa sede, circa le quali si rimanda *ex multis* E. Mainardi, *Il referendum in Scozia: tra devolution e indipendenza*, in *Federalismi*, 2014; anche G. Caravale, *Il referendum del 18/9/2014: Scotland chooses the best of both worlds*, in *Federalismi*, 2014.

<sup>219</sup> Su tutti il già richiamato, J. Anderson, *The shifting stage of politics: new medieval and postmodern territorialities?*, in *Environment and Planning: Society and Space*, 1996, volume 14, pagg. 133-153

I nuovi regionalismi indipendentistici premono da un lato per restare nel quadro del mercato comune e del sistema di regole dell'Unione Europea, dall'altro erodono dalle fondamenta gli Stati nazionali nella prospettiva di ritagliarsi sempre più ampi spazi di competenza, di autonomia e, conseguentemente, di potere.

Si può pertanto dire che, come alcuni interpreti hanno rilevato<sup>220</sup>, al modello nazionale - nel quadro dell'Unione Europea - si va sostituendo un modello regionalistico, ad oggi, mal conciliabile con il retaggio nazional-costituzionalistico caratterizzante gli ordinamenti Eurooccidentali.

Queste considerazioni, che possono apparire fuorvianti rispetto al tema sin qui trattato, in realtà costituiscono il fulcro del nodo gordiano da sciogliere.

Difatti, il progressivo cedere della normativa nazionale verso la normativa di origine comunitaria comporta inevitabilmente un livello di generalizzazione e di astrazione<sup>221</sup> molto più elevato (atteso che si devono tenere insieme le istanze dei portoghesi di Madera e dei finlandesi di Kittila). Questo consente agli organismi territoriali (*rectius* regionali) di creare normative significativamente divergenti tra un territorio e l'altro, benché gli stessi possano, per ipotesi, anche essere finitimi.

Qualora, come nel caso del consumo di suolo, poi, lo Stato nazionale non intervenga in alcuna misura nella regolazione e gli unici limiti incontrati siano quelli di una *soft law* comunitaria, appare chiaro come si aprano spazi all'insorgenza di un feudalesimo normativo che può rappresentare il primo passo verso un'esplosione dell'ordinamento non solo statale, ma, in prospettiva di lungo periodo, anche euro-unitario<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Cfr. sul punto F. Carnelutti, *La Teoria generale del diritto*, 1951; AL. Levi, *La teoria Generale del diritto*, 1953; F. Battaglia, *il Corso di filosofia del diritto*, III ediz., 1950, vol. II. Nello stesso senso, Vedi Del Vecchio, *La teoria generale del diritto*, IX ediz., 1953; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, 2012. Per una rassegna dei vari significati di 'norma generale' e 'norma astratta' si veda V. Crisafulli, *Atto normativo*, voce dell'Enciclopedia del diritto.

<sup>221</sup> Questa intuizione per quanto possa apparire allarmante, porta con sé, alcuni cenni di ordine storico-giuridico. È un dato incontrovertibile che l'assenza del potere statale produca fenomeni di disgregazione statale (si pensi all'esempio dei comuni italiani medioevali nati dalla vacanza del potere imperiale) G. Milani, *I comuni italiani: Secoli XII-XIV*, Laterza, 2005; P. Grillo, *Le guerre del Barbarossa: I comuni contro l'imperatore*, Laterza, 2012.

<sup>222</sup> Per una rassegna dell'elaborazione hegeliana dello Stato *ex multis* G. M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Hegel*, Franco Angeli, 2003; D. Coccopalmerio, *Scienza dello Stato e filosofia politica in Hegel: per una rilettura delle "Grundlinien der Philosophie des Rechts"*, Giuffrè, 1975; G. Duso, *Libertà e costituzione in Hegel*, FrancoAngeli, 2013 ; per un approfondimento sui testi dello stesso Hegel si consiglia G. W. F. Hegel, *Scritti di filosofia del diritto (1802-1803)*, 1971, nonché G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, 2012.

Ciò premesso, e mettendosi al riparo da qualunque apologia del pensiero hegeliano<sup>223</sup>, appare evidente, per lo meno in ambito nazionale, la necessità di adottare una decisione politica circa il modello statale per cui si propende e che si intende prospettare.

Necessariamente la scelta può ricadere o su un approccio di tipo federale (e allora sarebbe necessario che un potere centrale di tipo federale si manifesti), oppure su un regionalismo (cd. differenziato) riservato ad alcune materie (in un contesto in cui il potere centrale tratteggia in ogni caso i principi comuni e i livelli essenziali di tutela dei diritti)<sup>224</sup>.

Eppure, il rischio più evidente è che questo perdurante atteggiamento tentennante del legislatore europeo e la latitanza del legislatore italiano nel dettare una disciplina forniscano il grimaldello a certi localismi per ritagliarsi il proprio personalissimo feudo.

Nella specie, nella materia della presente trattazione, e in considerazione del quadro disomogeneo delle norme regionali e delle urgenti necessità di tutela del suolo, pare necessaria l'approvazione di un testo normativo in grado, da un lato, di garantire il raggiungimento degli obiettivi comunitari e internazionali e che, dall'altro, attui un significativo programma di riduzione nel consumo con riferimento sia alla componente permanente, che a quella reversibile.

In questo contesto, fissare un obiettivo nazionale è necessario per inquadrare le possibilità di trasformazione e di sviluppo dei territori e per garantire l'adeguamento, in tempi non troppo lunghi, degli strumenti urbanistici nonché l'adozione di tecniche di ripristino, di recupero e di de-impermeabilizzazione del suolo.

L'obiettivo di azzeramento del consumo di suolo netto, ovvero il bilancio alla pari tra il consumo di suolo e l'aumento di superfici agricole, naturali e seminaturali dovuto a interventi di recupero, demolizione, deimpermeabilizzazione, rinaturalizzazione, rappresenta di per sé un motore di rigenerazione e ridisegno del tessuto urbano e un'opportunità di riqualificazione edilizia, urbana e territoriale.

Si ritiene, ad avviso dello scrivente, che il testo dovrebbe disciplinare l'assetto di responsabilità in ordine al monitoraggio. Come noto, allo stato attuale, il controllo,

---

<sup>223</sup> Sul tema cfr. S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi*, 2020; sempre sul tema si veda anche E. Jorio, *La bozza di legge quadro attuativa del regionalismo differenziato: dubbi e perplessità*, in *Astrid Rassegna*, n. 18/2019.

<sup>224</sup> Il consumo di suolo è monitorato dal Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente che ogni anno realizza il Rapporto nazionale "Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi eco-sistemici".

come previsto dalla L.132/2016, è svolto dall'ISPRA e dalle ARPA/APPA nell'ambito del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente (SNPA)<sup>225</sup>.

Le definizioni dovrebbero essere adeguate dal punto di vista tecnico-scientifico per rendere possibile un monitoraggio in grado assicurare omogeneità sull'intero territorio nazionale, eventualmente integrando tra i parametri da monitorare le superfici urbanizzate e urbanizzabili secondo gli strumenti urbanistici vigenti. Le definizioni dovrebbero individuate sulla base di quelle utilizzate dal SNPA<sup>226</sup>:

- a consumo di suolo: *“variazione da una copertura non artificiale (suolo non consumato) a una copertura artificiale del suolo (suolo consumato), con la distinzione fra consumo di suolo permanente (dovuto a una copertura artificiale permanente) e consumo di suolo reversibile (dovuto a una copertura artificiale reversibile)”*<sup>227</sup>;
- b consumo di suolo netto: *“l’incremento della copertura artificiale del suolo valutato attraverso il bilancio tra il consumo di suolo e l’aumento delle superfici a copertura non artificiale dovuto a interventi di recupero, demolizione, de-impermeabilizzazione, rinaturalizzazione o altre azioni in grado di riportare il suolo consumato in un suolo in grado di assicurare i servizi eco-sistemici forniti da suoli naturali”*<sup>228</sup>;
- c copertura artificiale del suolo: *“la presenza di una copertura biofisica artificiale del terreno di tipo permanente (edifici, fabbricati; strade pavimentate; sede ferroviaria; piste aeroportuali, banchine, piazzali e altre aree impermeabilizzate o pavimentate; serre permanenti pavimentate; discariche) o di tipo reversibile (aree non pavimentate con rimozione della vegetazione e asportazione o compattazione del terreno dovuta alla presenza di infrastrutture, cantieri, piazzali, parcheggi, cortili, campi sportivi o depositi permanenti di materiale; impianti fotovoltaici a terra; aree estrattive non rinaturalizzate; altre coperture artificiali non connesse alle attività agricole in cui la rimozione della copertura ripristina le condizioni naturali del suolo)”*<sup>229</sup>;

---

<sup>225</sup> *Amplius* sul tema delle definizioni cfr. D. Bianchi, *Il consumo di suolo in Italia*, Edizioni Ambiente, 2011; le definizioni qui individuate sono quelle fornite dall'Ispra, disponibili su <http://www.isprambiente.gov.it/temi/suolo-e-territorio/il-consumo-di-suolo/definizioni>;

<sup>226</sup> Per una rassegna sulle definizioni date dall'Istituto è possibile Cfr. <http://www.isprambiente.gov.it/temi/suolo-e-territorio/il-consumo-di-suolo/definizioni>

<sup>227</sup> *Ibidem*.

<sup>228</sup> *Ibidem*.

<sup>229</sup> *Ibidem*.

d impermeabilizzazione del suolo: *“il cambiamento della natura del suolo mediante interventi di copertura permanente del terreno con materiale artificiale tale da eliminarne o ridurne la permeabilità”*<sup>230</sup>.

Si dovrebbero tenere in considerazione le diverse forme di consumo di suolo e, conseguentemente i diversi impatti sulla perdita di questo bene.

Un'altra importante distinzione potrebbe essere quella tra consumo di suolo permanente e consumo di suolo reversibile. Altro elemento di grande impatto sarebbe l'eliminazione di tutte le deroghe, infatti l'inserimento di eccezioni ostacolerebbe le attività di monitoraggio creando disomogeneità sul territorio.

Andrebbe inoltre, posto al centro del sistema l'obiettivo del saldo zero di consumo di suolo (*supra* §3) quale volano per la riqualificazione edilizia, urbana e territoriale: la rigenerazione può trasformarsi in uno strumento economico importante solo se si arresta il consumo e diventa profittevole l'intervento sull'esistente.

Intervenire tramite strumenti di incentivazione e disincentivazione che stimolino il recupero, la riqualificazione e la rigenerazione rappresenta un possibile strumento di azione. In questo senso, appare necessario focalizzare gli sforzi verso il mantenimento (o l'incremento) della permeabilità e della copertura non artificiale del suolo, nonché verso lo sviluppo di servizi ecosistemici e di nuove infrastrutture verdi. Si dovrebbe considerare, infine, l'opportunità di inserire un termine di decadenza delle previsioni di piano non attuate e di indirizzare i Comuni verso la revisione degli strumenti urbanistici in riduzione. Inoltre è necessario rafforzare i poteri sanzionatori e ispettivi dei Comuni in modo da limitare, prevenire e reprimere gli abusi.

Le autonomie locali, dal canto loro, non si possono e non si devono sostituire al potere centrale ma devono rafforzare la tutela assicurata a livello centrale<sup>231</sup>, che si

---

<sup>230</sup> Ciò può avvenire tanto nell'esercizio della discrezionalità amministrativa quanto a livello legislativo: v. l. r. Emilia-Romagna n. 20/2000, art. 6, co 1, lett a); l. r. Toscana n. 65/2014, art 5 co 1, 2); l. r. Umbria n. 1/2015.

<sup>231</sup> Cfr. P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, cit., 232; S. Moro, *I vincoli urbanistici per la tutela dei c.d. interessi differenziati e dell'equilibrio ecologico*, cit, dove si legge: *“La previsione di un vincolo urbanistico funzionale a tutelare mediante un'autonoma valutazione i cd interessi differenziati è il risultato non di un apprezzamento atomistico delle caratteristiche intrinseche di una determinata area, ma di una valutazione (complessiva e globale e, quindi, discrezionale) dell'assetto territoriale”*. Vedi anche Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2013, sent. n. 2265: *“non si realizza alcuna duplicazione rispetto alla sfera di azione della legislazione statale di settore in quanto il pregio del bene, pur se non sufficiente al fine di giustificare l'adozione di un provvedimento impositivo di vincolo culturale o paesaggistico in base alla considerazione atomistica delle caratteristiche del bene, viene valutato come elemento di particolare valore urbanistico e può, quindi, costituire oggetto di salvaguardia in sede di scelta pianificatoria. E tanto in coerenza con una nozione ampia della*

potrebbe anche atteggiare a soglia minima di garanzia<sup>232</sup>. Come è stato rilevato “la principale sfida futura per le politiche urbane è quella di essere in grado di dare risposte convergenti, garantendo un pari livello di efficienza alle questioni ambientali, sociali ed economiche che nascono nelle nostre città”<sup>233</sup>. In questo senso, la strada per una concreta rivoluzione copernicana è ancora molto lunga se è vero che soltanto il 30% delle regioni dispone di nuovi piani paesaggistici, e se in circa la metà dei comuni italiani i piani regolatori attualmente vigenti sono redatti senza la minima attenzione all’equilibrio tra territorio urbanizzato e aree naturalistiche. Si ricorda a tal proposito come sia ancora troppo frequente il ricorso a varianti ai Piani Regolatori per incoraggiare la costruzione di nuovi insediamenti residenziali e produttivi<sup>234</sup>.

Per realizzare questo cambio di approccio, tuttavia, sono necessari repentini cambi di rotta e decisi passi in avanti: i disegni di legge in discussione in Parlamento è necessario che vengano implementati e supportati da un adeguato *framework* culturale e strategico, prima ancora che normativo, in modo da aprire finalmente a quella nuova stagione di buon governo<sup>235</sup> del territorio, volta a tutelare il suolo quale bene comune e l’ambiente quale valore costituzionale.

---

*materia urbanistica, che valorizza la funzione di governo del territorio attraverso la disciplina, nella loro globalità di tutti i possibili insediamenti e delle altre utilizzazioni del territorio”.*

<sup>232</sup> Dichiarazione di Toledo, 22 giugno 2010, par. A2.

<sup>233</sup> P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *op.cit.*

<sup>234</sup> Sulla idea che possa esistere un buon governo su tutti si veda Platone, *La Repubblica*, Laterza, 2007.

<sup>235</sup> M. BENVENUTI, *L’istruzione come diritto sociale*, in F. ANGELINI - M. BENVENUTI (cur.), *Le dimensioni costituzionali dell’istruzione*, Atti del convegno di Roma – 23-24 gennaio 2014, Napoli, 2014, p. 147 ss. ; N. MACCABIANI, *La multidimensionalità sociale del diritto all’istruzione nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, in *Forumcostituzionale.it*, 8 giugno 2015, pp. 1-17; C. CROCETTA, *Diritti sociali al tempo dell’emergenza coronavirus: una prima analisi in chiave antropologico-giuridica*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, *Special issue*, pp. 249-257.

## A SCUOLA NO, SÌ, FORSE: "CHI" DECIDE E "COSA"

*(Brevi note a margine – e nei dintorni– dell’Ordinanza n. 710/2020, TAR PUGLIA-BARI, SEZ. III, del 18/11/2020 e pubblicata il 19/11/2020).*

**Raffaele Marzo**

**ABSTRACT**[ITA]: Anche la "seconda fase" della gestione sanitaria emergenziale ha messo sotto stress l'ordinamento giuridico con importanti risvolti problematici e implicazioni sul piano giuridico-costituzionale ed istituzionale. Partendo dall'analisi dell'Ordinanza n. 710/2020 del TAR Puglia-Bari, sez. III (del 18/11/2020 e pubbl. il 19/11/2020), il contributo si prefigge di sviluppare proporre qualche ulteriore profilo di indagine sulla complicata distribuzione del potere di intervento tra vari livelli di governo (Stato-Regioni).

**ABSTRACT** [ENG]: *The "second phase" of emergency health has also put pressure on the legal system with important problematic implications and legal-constitutional and institutional implications. Analyzing the Ordinance n. 710/2020 of the TAR Puglia-Bari, sez. III (del 18/11/2020 e pubbl. il 19/11/2020) the contribution aims to develop some further profile of investigation on the complicated distribution of the power of intervention between different levels of government (State-Regions).*

**SOMMARIO:** **1.** Considerazioni introduttive. – **2.** Antefatto (logico-giuridico. – **3.** L'Ordinanza n. 710/2020, TAR Puglia-Bari, sez. III, del 18/11/2020 e pubbl. il 19/11/2020 e le correlate vicende processuali.– **4.** Una (argomentata) postilla conclusiva.

## 1. Considerazioni introduttive.

Per le prospettive di realizzazione umana<sup>1</sup> e sociale<sup>2</sup> che suscita la scuola<sup>3</sup> ha conquistato un discreto numero di osservatori in tutti i campi delle scienze sociali e non solo<sup>4</sup>; peraltro, di recente, il tema è stato oggetto di alcune riflessioni in chiave giuridica sollecitate, *in nuce*, dall'emergenza sanitaria da *covid-19*<sup>5</sup>. Non a caso, sebbene la delicatezza dei principi e valori costituzionali coinvolti<sup>6</sup> induca ad un'attenta ponderazione di ogni consustanziale provvedimento, il *modus operandi* per fronteggiare l'emergenza sanitaria ha finito per *travolgere* il diritto all'istruzione (o più vagamente il "mondo della scuola") anche esso oggetto di contese giuridiche, aspre polemiche politiche e contrapposizioni di varia natura.

In sostanza, la perdurante contingenza ha contribuito ad accentuare (nuovamente?) le divergenze tra Stato-Regioni<sup>8</sup> proprio con riferimento alle note

<sup>1</sup> G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessione (in ordine sparso) sulla scuola tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 3/2020, pp. 410-428; a ns. giudizio, nel cit. contributo (spec. 414), assume particolare interesse dottrinale, senza con ciò entrare in merito alla *vexata quaestio* ("DAD" o "in presenza?"), il "rilievo" fisico conformato alla scuola e alla sua peculiare funzione educativa.

<sup>2</sup> Sul tema, avendo a mente la dottrina divenuta "classica" (ad es., U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione*, in *Giur. cost.*, VI, 1961; V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956) si segnalano i più recenti approfondimenti: R. CALVANO, *Il diritto-dovere all'istruzione*, in F. MARONE (cur.), *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale?*, Atti del Seminario di Napoli – 19 ottobre 2018, Napoli, 2019, pp. 125-165; ID., *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Roma, 2019, *passim*; A.M. POGGI, *Per un «diverso» stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019, *passim*.

<sup>3</sup> Si pensi, ad es., al singolare accostamento, in chiave teologica, scuola e pratiche di carità: cfr., E. FERRER SOLIVARES, *Una escuela para los pobres y la reforma de la sociedad: san José de Calsanz*, in *Corintios XII – Revista de teología y pastoral de la caridad*, n. 164, octubre-diciembre 2017, Madrid, 2017, pp. 92-106.

<sup>4</sup> S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, in *federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, pp. 2-25; P. MACI, *La scuola ai tempi del covid-19. Una prima lettura del decreto-legge n. 22 del 2020*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, *Special issue*, pp. 339-343; orientato all'incidenza dell'emergenza sanitaria sul sistema delle scuole paritarie: ID., *Covid-19 e scuole paritarie: a rischio la tenuta del sistema di istruzione*, in *L-Ius*, fasc. 1/2020, pp. 69-75.

<sup>5</sup> A. PACE, *Il diritto all'istruzione in tempi di crisi*, in *Dir. e Soc.*, 1/2013; A. RUGGERI, *Il diritto all'istruzione (temi e problemi)*, in *Riv. giur. della scuola*, ora in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, Torino, 2009.

<sup>6</sup> M. BORGATO - D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, sez. Attualità, 24 marzo 2020, spec. 3 ss; A. PROZZO, *Il principio di collaborazione quale "bussola" nell'emergenza*, in *Diritti Regionali*, n. 3/2020, pp. 348-382; R. CHERCHI - A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, *Diritti Regionali*, n. 1/2020, spec. 23 ss.

<sup>7</sup> F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-costituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2020, p. 333 ss; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, n. 5, 2020, *passim*.

<sup>8</sup> Ampiamente e dettagliatamente in G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti*

molteplici implicazioni ed «intreccio di poteri normativi»<sup>9</sup>; dando sostanza all'asserzione che «questo è terreno [delle ordinanze regionali, ndr] sul quale la confusione, purtroppo, è massima e insoddisfacente è la cooperazione interistituzionale»<sup>10</sup>.

Del resto, valutare la distribuzione del potere di intervento tra vari livelli di governo a seguito di un intervento giurisprudenziale – specie durante un'emergenza dalle dimensioni così notevoli tali da coinvolgere l'intero territorio nazionale – resta pur sempre uno snodo fondamentale al fine di comprendere tanto l'insorgere di contrasti tra gli stessi (e tali pregiudicare il raggiungimento dello scopo di contenere più efficacemente l'emergenza) quanto lo scostamento del canone di «leale collaborazione»<sup>11</sup> che dovrebbe ispirare l'operato di Stato e Regioni, più volte ribadito dalla Corte costituzionale<sup>12</sup>.

Ad ulteriore riprova di quanto innanzi rileva, da ultimo, il “singolare caso”<sup>13</sup> della Regione Puglia laddove le scuole sono state chiuse, prima, e rese accessibili, poco

---

*Regionali*, n. 1, 2020, p. 361 ss.; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online – Numero Speciale*, 18 giugno 2020, spec. 7 ss; il quale, tra le molteplici riflessioni, pone (a pag. 9) si domanda «Che senso dare allora al riferimento al potere di ordinanza regionale, come produttivo di “ulteriori misure”, se non quello di una delle contorsioni della tormentata, estenuante ricerca di un compromesso con le ridondanti pulsioni regionali?» e la risposta (condensata a pag. 11) sembra discutere criticamente «la metafora della catena normativa come sequenza di connessioni giustificanti, dovuta a un'elaborazione con ascendenze kelseniane, non riesce ad attagliarsi a una realtà in cui la produzione del diritto è piuttosto una sorta di flusso per linee spezzate che ne scaturisce in un delta particolare». Com'è noto, «la catena normativa» – nell'accezione “classica”, ovvero quella che «si ripercorre a ritroso sino a trovarne il fondamento logico (la kelseniana norma fondamentale) o fattuale (forza legittimante)» – è stata esaminata onde voler ricercare il «fondamento degli atti normativi collocati al suo termine (o quasi), visto che la loro legittimità è stata messa in dubbio proprio in ragione della presunta assenza di un'adeguata connessione con altri robusti e presupposti anelli» (così a pag. 2): cfr., M. LUCIANI, *Il sistema della fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online – Numero Speciale*, 11 aprile 2020, pp. 1-24.

<sup>9</sup> Per la cit. si v., V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 1 aprile 2020, p. 985; poi efficacemente ripresa (cfr., nt. 100) nello studio di M. LUCIANI, *Il sistema della fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, op. cit., spec. p. 17; dello stesso avviso, G. DI COSIMO - G. MENEGUES, *L'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, *Special issue*, pp. 183-199.

<sup>10</sup> A riguardo si segnala il denso e solido apporto dottrinale offerto da S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Diritti Regionali*, n. 3/2020, 23 ottobre 2020, pp. 216-346.

<sup>11</sup> Qualche noto riferimento: Corte cost., sent. n. 303/2003; Corte cost., sent. n. 251/2016.

<sup>12</sup> Si precisa che il carattere della *singolarità* è da intendersi tale in senso stilistico e figurato (non come *unicità*), posto che già in altri precedenti casi (come ad es., l'Ordinanza del Presidente della Regione Marche del 25/02/2020) si è intervenuti “sulla” scuola (e, quindi, sui diritti costituzionalmente connessi) disponendo la chiusura in contrasto con quanto deciso a livello statale (cfr., TAR Marche, Decreto n. 56/2020 del 27/02/2020 con udienza di merito fissata per il 13/01/2021).

<sup>13</sup> Decreto n. 680/2020, pronunciato dal Presidente del TAR Puglia-Bari, sez. III, e pubblicato in data 6/11/2020 il quale accoglieva la domanda cautelare interinale e, per l'effetto sospendeva il provvedimento impugnato,

dopo. Infatti, altro aspetto di certo interesse è la preliminare divergenza manifestata da due organi giurisdizionali: per il TAR di Bari<sup>14</sup> gli studenti pugliesi dovevano tornare a fare lezione in classe; mentre, per il TAR di Lecce<sup>15</sup>, doveva considerarsi valida l'Ordinanza del governatore della Regione, Michele Emiliano, che ne aveva previsto la chiusura. Due differenti pronunce, a poche ore di distanza l'una dall'altra, di senso diametralmente opposto che hanno contribuito ad un *surplus* di confusione e *caos*.

Ad di là di ogni altro aspetto del dibattito insito nelle scelte politiche compiute, ciò che qui interessa esaminare è la conclusione dell'articolata vicenda processuale, nella quale il TAR Puglia-Bari ha messo in rilievo l'efficacia «limitata» di un'Ordinanza regionale alla stregua dell'anteriore intervento statale.

## 2. Antefatto (logico) giuridico.

Com'è noto, il DPCM del 24 ottobre 2020<sup>16</sup> ha previsto, all'art. 1, co. 9, lett. s), il ritorno alla didattica "in presenza" per la scuola dell'infanzia e per il ciclo di

---

considerando che: «1) l'ordinanza del Presidente della Regione Puglia n. 407 del 28.10.2020, con cui è stata disposta la didattica integrata per tutte le scuole di ogni ordine e grado sul territorio regionale, ad eccezione dei servizi per l'infanzia interferisce, in modo non coerente, con l'organizzazione differenziata dei servizi scolastici disposta dal sopravvenuto DPCM 3 novembre 2020 il quale colloca la Puglia tra le aree a media criticità (c.d. "zona arancione") e che persino per le aree ad alta criticità (c.d. "zone rosse") prevede la didattica in presenza nelle scuole elementari; 2) dalla motivazione del provvedimento impugnato non emergono ragioni particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione; 3) come dedotto dai ricorrenti, vi sono in Puglia molte scuole e molti studenti non sufficientemente attrezzati per la didattica digitale a distanza, di guisa che l'esecuzione del provvedimento impugnato si traduce in una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica». Dunque, il TAR di Bari, accogliendo la domanda cautelare dei ricorrenti, non accenna ad una automatica cessazione dell'efficacia dell'ordinanza regionale in seguito all'entrata in vigore del DPCM, bensì evidenzia «l'inesistenza di particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione.»

<sup>14</sup> Decreto n. 695/2020, pronunciato dal Presidente del TAR Puglia-Lecce, sez. II, e pubblicato in data 6/11/2020, che, invece, giustificava la chiusura delle scuole in considerazione dell'«efficacia temporale limitata (dal 30 ottobre al 24 novembre) del provvedimento impugnato, suscettibile anche di riduzione in base alla valutazione dell'impatto delle misure assunte sull'evolversi della situazione epidemiologica» nonché delle preminenti « esigenze di tutela della salute possano giustificare un temporaneo sacrificio sul piano organizzativo delle famiglie coinvolte». Invero, dala piana lettura del provvedimento si carpisce che il TAR di Lecce ha assunto la decisione senza occuparsi della questione dell'antinomia tra fonte nazionale e regionale, limitandosi ad evidenziare il diritto alla salute rispetto a quello allo studio, ritenuto parzialmente soddisfatto dalla didattica a distanza.

<sup>15</sup> In *Gazz. Uff.*, serie Generale, n. 265 del 25/10/2020.

<sup>16</sup> Cfr., DPCM 18 ottobre (in *Gazz. Uff.*, serie Generale, n. 258 del 2/05/2020), art. 1, co. 6, lett. r) e DPCM 24 ottobre, (in *Gazz. Uff.*, serie Generale, n. 112 del 2/05/2020) art. 1, co. 9 lett. s).

istruzione di primo grado (elementari e medie, così come disposto dai precedenti decreti presidenziali<sup>17</sup>). Altresì, lo stesso decreto ha poi stabilito che le istituzioni scolastiche di secondo grado possano adottare forme flessibili nell'organizzazione dell'attività, ovvero «*incrementando il ricorso alla didattica digitale integrata, per una quota pari almeno al 75 per cento delle attività, modulando ulteriormente la gestione degli orari di ingresso e di uscita degli alunni, anche attraverso l'eventuale utilizzo di turni pomeridiani e disponendo che l'ingresso non avvenga in ogni caso prima delle 9,00*».

A seguire è intervenuto – proprio in considerazione del preoccupante peggioramento della situazione epidemiologica – il DPCM del 3 novembre 2020<sup>18</sup> che ha inteso graduare le misure restrittive connesse alla necessità di contenere gli effetti della pandemia: esse sono state commisurate al livello di gravità e di rischio di diffusione territoriale del *virus*, calcolati su base regionale in funzione di 21 criteri di monitoraggio del rischio sanitario<sup>19</sup>. Dunque, a livello centrale, la scuola poteva considerarsi aperta “per metà”: «*istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado adottano forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica ai sensi degli articoli 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 275, in modo che il 100 per cento delle attività sia svolta tramite il ricorso alla didattica digitale integrata. Resta salva la possibilità di svolgere attività in presenza qualora sia necessario l'uso di laboratori o in ragione di mantenere una relazione educativa che realizzi l'effettiva inclusione scolastica degli alunni con disabilità e con bisogni educativi speciali, secondo quanto previsto dal decreto del Ministro dell'istruzione n. 89 del 7 agosto 2020, e dall'ordinanza del Ministro dell'istruzione n. 134 del 9 ottobre 2020, garantendo comunque il collegamento online con gli alunni della classe che sono in didattica digitale integrata. L'attività didattica ed educativa per la scuola dell'infanzia, il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia continua a svolgersi in presenza, con uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie salvo che per i bambini di età inferiore ai sei anni e per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina*».

<sup>17</sup> In *Gazz. Uff.*, serie Generale, n. 275 del 4/11/2020, Suppl. ordinario n. 41.

<sup>18</sup> Tali criteri sono immediatamente riferibili al passaggio dalla c.d. «fase 1» alla c.d. «fase 2A» (si v., DPCM 26 aprile 2020, all. n. 10, in *Gazz. Uff.*, serie Generale, n. 108 del 27/04/2020), adottati con DM della salute del 30 aprile 2020 (in *Gazz. Uff.*, serie Generale, n. 112 del 2/05/2020), all'esito delle riunioni del 29 e 30 aprile 2020 tra i direttori generali della Direzione generale della prevenzione sanitaria e della Direzione generale della programmazione sanitaria e le autorità regionali, politiche e tecniche.

<sup>19</sup> In *Gazz. Uff.*, serie Generale, n. 276 del 5/11/2020.

Senonché, con l’Ordinanza del 4 novembre 2020<sup>20</sup>, il Ministero della Salute, sulla base dei criteri condivisi con le Regioni, ha attribuito alla Puglia una situazione di «*elevata gravità ed un livello di rischio alto*» – in termini cromatici: colore *arancione* –, ma tuttavia, con riferimento alle attività scolastiche, doveva trovare applicazione l’art. 1, comma 9, lett. s) del DPCM del 3 novembre.

A fronte dell’esposto intervento a livello centrale, con l’Ordinanza n. 407 del 28/10/2020, avente ad oggetto «*Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19*»<sup>21</sup>, il Presidente della Regione Puglia ha invece previsto (con decorrenza 30/10/2020 e sino al 24/11/2020) che delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado (scuola primaria, scuola secondaria di primo grado e scuola secondaria di secondo grado) avrebbero dovuto adottare la “didattica digitale integrata” (DDI) e riservando alle attività “in presenza” esclusivamente i laboratori (ove previsti dai rispettivi ordinamenti dal ciclo didattico) e la frequenza degli alunni con bisogni educativi speciali<sup>22</sup>. Altresì, il medesimo provvedimento ha poi legato alle medesime istituzioni scolastiche l’onere di comunicare (ogni lunedì della settimana), all’Ufficio Scolastico Regionale e al Dipartimento della Salute il numero degli studenti e il numero del personale scolastico positivi o in quarantena, nonché tutti i provvedimenti di sospensione dell’attività didattica adottati a causa dell’emergenza *covid*<sup>23</sup>.

Da quanto innanzi, emerge, *ictu oculi*, la antitetica posizione tra norme regolative dell’attività didattica (in specie per il primo ciclo di istruzione): per l’Ordinanza regionale svolgimento dell’attività scolastiche mediante la “didattica digitale integrata”<sup>24</sup>; invece, fruibilità “realizzata in presenza” secondo la previsione<sup>25</sup> contenuta nel DPCM 3 novembre 2020 (adottato per l’intero territorio nazionale).

---

<sup>20</sup> Essa è stata pubbl. nel BURP, nonché inserita nella Raccolta Ufficiale dei Decreti e delle Ordinanze del Presidente della Giunta Regionale; anche trasmessa, per gli adempimenti di legge, al Presidente del Consiglio dei ministri, al Ministro della Salute, al Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, al Direttore dell’Ufficio Scolastico Regionale, ai Prefetti delle Province ed ai Sindaci dei Comuni pugliesi.

<sup>21</sup> Cfr., Ord. n. 407/2020, punto 1.

<sup>22</sup> Cfr., Ord. n. 407/2020, punto 2.

<sup>23</sup> Ovvero: «*Con decorrenza dal 30 ottobre sino al 24 novembre 2020: 1. le Istituzioni Scolastiche di ogni ordine e grado (scuola primaria, scuola secondaria di primo grado e scuola secondaria di secondo grado) adottano la didattica digitale integrata riservando alle attività in presenza esclusivamente i laboratori (ove previsti dai rispettivi ordinamenti dal ciclo didattico) e la frequenza degli alunni con bisogni educativi speciali*».

<sup>24</sup> Cfr., il già menzionato art. 1, co. 9, lett. s).

<sup>25</sup> M. LUCIANI, *Il sistema della fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, op. cit., spec. pp. 17-22.

Si tratta, com'è agevole dedurre, di norme che hanno legittimazione in fonti differenti e provenienti da autorità diverse, tali da essere destinate ad operare a livelli sovrapposti e non coincidenti; peraltro, invece di inserirsi – o almeno provare – armonicamente nel quadro normativo, si collocano in contrasto.

Giova rammentare che il provvedimento regionale poc'anzi citato – con ovvie ricadute di istruzione<sup>26</sup> – è stato assunto (e giustificato), dalla lettura dei dati contenuti nei rapporti di monitoraggio dell'emergenza epidemiologia da *COVID-19* nel territorio pugliese. Di conseguenza, si è inteso così giustificare l'adozione del provvedimento maggiormente "limitativo" – appunto facendo leva sulla esposizione critica del sistema sanitario regionale e sostenendo che il numero dei casi rilevati in ambito scolastico rappresentasse l'*incipit* di altrettanti potenziali *cluster* familiari o comunitari – ritenendo sussistenti (e ciò richiamando nel corpo dell'Ordinanza) le condizioni e i presupposti di cui all'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, le previsioni contenute nel D. Lgs. del 2 gennaio 2018, n. 1 (c.d. Codice della protezione civile) nonché in aderenza alla normativa emergenziale<sup>27</sup>, così introducendo la (ri)chiusura<sup>28</sup> delle scuole.

<sup>26</sup> Ovvero, Delibere del C.d.M. del 31 gennaio, del 29 luglio e del 7 ottobre 2020, con le quali, rispettivamente, è stato dichiarato e prorogato lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili; D.L. n. 19/2020, conv. con mod., L. n. 35/2020, recante «*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*»; D.L. n. 33/2020, conv. con mod., L. n. 74/2020, recante «*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*»; D.L. n. 83/2020, recante «*Misure urgenti connesse con la scadenza della dichiarazione di emergenza epidemiologica da COVID-19 deliberata il 31 gennaio 2020*»; D.L. n. 125/2020, recante «*Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta covid nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020*»; D.P.C.M. 13 ottobre 2020, recante «*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»*»; D.L. n. 33/2020, conv. con mod., L. n. 74/2020, recante «*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*»; D.P.C.M. 18 ottobre 2020, recante integr. e mod. al D.P.C.M. 13 ottobre 2020; D.P.C.M. 24 ottobre 2020 le cui disposizioni hanno sostituito quelle del D.P.C.M. 13 ottobre 2020 con decorrenza dal 26 ottobre 2020 e sino al 24 novembre 2020; nonché richiamando la circolare del Ministero della Salute del 12 ottobre 2020, prot. n. 32732, avente ad oggetto «*Trasmissione documento "Prevenzione e risposta a Covid-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno-invernale"*».

<sup>27</sup> Infatti, nella iniziale più acuta fase, a livello nazionale, già il DPCM 8 marzo 2020, aveva disposto la sospensione delle lezioni "frontali" e di ogni altra attività didattica "in presenza" con l'obbligo della c.d. "didattica a distanza", ovvero "istruzione da remoto".

<sup>28</sup> Si v., *retro*, § 1, nt. 14.

### **3. L'Ordinanza n. 710/2020, TAR Puglia-Bari, sez. III, del 18/11/2020 e pubbl. il 19/11/2020 e le correlate vicende processuali.**

Come altrove riferito, la questione relativa alla prevalenza tra contenuto normativo dell'Ordinanza e quello del DPCM è stata portata al vaglio del G.A., dapprima con diversi ricorsi che hanno dato luogo a decisioni in contrasto tra loro.

Di tanto, quindi, seppur brevemente, non può che darsi contezza.

In data 6 novembre 2020, il TAR Puglia-Bari, sez. III, si pronunciava, con decreto presidenziale, *inaudita altera parte* (n. 680/2020), sul ricorso (N.R.G. 1236/2020) proposto da Codacons Puglia di Lecce ed altri per l'annullamento, previa sospensione, dell'efficacia dell'Ordinanza n. 407 del 28 ottobre e di tutti gli atti connessi e consequenziali, nella parte in cui si disponeva il ricorso alla didattica digitale integrata per tutte le scuole di ogni ordine e grado (a parte la scuola dell'infanzia). Il consesso giudicante accoglieva<sup>29</sup> la domanda cautelare interinale e, per tale via, sospendeva l'esecutività della menzionata Ordinanza regionale. Parallelamente, su analogo gravame (N.R.G. 1300/2020), avente ad oggetto la medesima Ordinanza, si pronunciava (sempre con decreto monocratico) anche il TAR Puglia-Lecce, sez. II, ma, in questo caso, veniva respinta l'istanza di misure cautelari provvisorie<sup>30</sup>.

In virtù della decisione del TAR Puglia-Bari – con l'accoglimento della richiesta di sospendere l'efficacia dell'Ordinanza n. 407/2020 della Regione Puglia su tutto il territorio regionale – il territorio pugliese è ritornato così a spalancare le porte della scuola, pur con (i noti) accorgimenti e limiti.

Infine, a districare la matassa è giunta l'Ordinanza n. 710/2020 del TAR Puglia-Bari, sez. III, del 18/11/2020. Il suo contenuto, benché tipicamente scarno<sup>31</sup>, assume, comunque, un considerevole grado di interesse, soprattutto laddove pare

<sup>29</sup> Si v., *retro*, § 1, nt. 15.

<sup>30</sup> Deve segnalarsi, per rigore espositivo, che in dottrina vi è chi ha criticato la «laconicità» di una motivazione del G.A. (ovvero quella resa dal TAR Campania, sez. V, Decreto n. 416/2020): F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza CoViD-19*, in *inBioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, *Special issue*, pp. 183-199, pp. 209-218.

<sup>31</sup> Così per la Corte cost., sent. n. 307/2003. Per M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, *op. cit.*, spec. p. 20, tale pronuncia, pur essendo «curiosamente rimasta in ombra», ricostruisce con dovizia «il rapporto tra fonti statali e fonti regionali nella determinazione dei livelli di protezione della salute con altri beni costituzionali».

conformarsi<sup>32</sup> all'archetipo per il quale la tenuta degli interessi e dei diritti coinvolti non può che essere affidato allo Stato.

Anzitutto, sotto il profilo processuale, il G.A., dopo aver richiamato il Decreto presidenziale n. 680/2020 di sospensione dell'ordinanza del Presidente della Regione Puglia n. 407/2020, ha ritenuto «*non ammissibile la richiesta di interrogatorio libero formulata dalla Regione Puglia anche in considerazione dell'evidente improcedibilità della domanda cautelare per effetto della sopravvenienza, nelle more della trattazione dell'istanza cautelare, dell'ordinanza regionale 413/2020*». Infatti, nelle more delle ulteriori pronunce giudiziali (la trattazione collegiale per il giudizio cautelare è stata fissata al 3 dicembre per il TAR Puglia-Bari, quella in Camera di Consiglio per il TAR Puglia-Lecce al 25 novembre), è stata adottata l'Ordinanza regionale n. 413/2020 (del 6 novembre). Quest'ultima, a prescindere dal ogni altri rilievo contenutistico, ha riproposto un sensibile bilanciamento tra diritto alla salute e garanzia del diritto allo studio (riconoscendo comunque carattere preminente al primo) ed ha disposto (a partire dal 7 novembre e fino al 3 dicembre) che nel primo ciclo di istruzione la "didattica in presenza" debba essere affiancata dalla didattica digitale integrata (DDI) in modalità sincrona e che la scelta di avvalersi di una o dell'altra metodologia di apprendimento sia sostanzialmente demandata alle famiglie. Grava, invece, sulle istituzioni scolastiche l'obbligo di attivarsi per adeguare tecnologicamente le proprie strutture nella misura necessaria a garantire alle famiglie che ne abbiano fatto richiesta la possibilità del collegamento *on line* per adottare la DDI.

A prescindere da quanto innanzi, il TAR Puglia-Bari ha rilevato, non avendo espressamente subordinato l'efficacia della nuova ordinanza n. 413/2020 all'esito dello scrutinio della domanda cautelare, che essa è stata però resa – a seguito di una nuova istruttoria – «*sul presupposto della sopravvenuta disciplina prevista dal DPCM del 3 novembre 2020 e sulla base della valutazione della situazione epidemiologica nella Regione Puglia successiva a quella "fotografata" nella precedente ordinanza*».

A seguire, il G.A. ha ribadito un punto fermo, esprimendosi in questi termini: «*Ritenuto, nondimeno, che l'ordinanza n. 407/2020, adottata in data 27.10.2020, abbia in*

<sup>32</sup> Sembra utile segnalare quanto riferito, in prima analisi, da 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*, n. 1/2020, 4 aprile 2020, pp. 518-533, il quale A. notava come il «*profluvio di provvedimenti*» fosse sintomo dell'«*ansia avvertita da tutte le autorità, di di-mostrare il proprio impegno sul campo, attraverso l'adozione compulsiva di provvedimenti a volte ripetitivi di quelli già emanati da enti di livello superiore, altre volte ben più restrittivi di questi ultimi*» (p. 519).

ogni caso perso efficacia a seguito dell'entrata in vigore del DPCM del 3.11.2020, siccome l'art. 3 del D.L. 19/2020 (richiamato, peraltro espressamente nell'ordinanza regionale impugnata) è inequivoco nel limitare l'efficacia delle misure regionali – più restrittive rispetto alle misure statali di contenimento del rischio epidemiologico – fino al momento dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1 D.L. 19/2020». Pertanto, solo dopo aver ciò sostenuto, il TAR Puglia-Bari ha ravvisato sì i presupposti per la declaratoria di improcedibilità della domanda cautelare, ma in considerazione delle nuove misure urgenti adottate dalla Regione Puglia per contrastare l'emergenza epidemiologica Covid-19 disciplinate da successivi interventi (la già riferita Ordinanza n. 413/2020).

#### 4. Una (argomentata) postilla conclusiva.

La pronuncia analizzata in questa breve nota, prescindendo da irrigidimenti processuali e/o da correlate questioni<sup>33</sup>, queste ultime non sempre del tutto motivate, rappresenta considerevole segnale da parte della giustizia (amministrativa) in risposta all'anelata voglia di "ordine" nel noto "disordine"<sup>34</sup>.

Corre l'obbligo di porre qualche rapida precisazione.

Assumendo come note le fonti di legittimazione dei DPCM e delle Ordinanze regionali, con riferimento specifico al quelle adottate durante la pandemia da covid-19, non può che considerarsi – così come fatto dal Tar Puglia-Bari – il D.L. n. 19/2020<sup>35</sup>, conv. con mod. dalla L. n. 35/2020, art. 3, co. 1: «Nelle more dell'adozione dei

<sup>33</sup> Già F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in Osservatorio AIC, n. 3/2020, pp. 33-47; R. CHERCHI - A. DEFFENU, *op. cit.*; A. RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie alla luce delle più salienti esperienze della formazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consulta OnLine*, fasc. n. 3/2020, 9 novembre 2020, p. 611, nt. 18: «L'emergenza sanitaria che oggi ci affligge e inquieta ne ha dato eloquente testimonianza [circa il bisogno di una "razionalizzazione" costituzionale dell'ordine delle fonti, ndr], con l'accavallamento confuso di decreti del Presidente del Consiglio e di ordinanze di Presidenti delle Regioni e Sindaci, non di rado tra loro discordanti, si da determinare non poco disorientamento tra gli operatori stessi e in seno alla comunità».

<sup>34</sup> Che ha abrogato il "noto" art. 3, co. 2, del D.L. n. 6/2020 (coordinato con la L. di conversione 5. 13, recante: «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19.»).

<sup>35</sup> «Per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali, le Regioni monitorano con cadenza giornaliera l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e, in relazione a tale andamento, le condizioni di adeguatezza del sistema sanitario regionale. I dati del monitoraggio sono comunicati giornalmente dalle regioni al Ministero della salute, all'Istituto superiore di sanità e al comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile del

*decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le Regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Altresì, stando al tenore letterale, il co. 2 soggiunge: «Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente.»*

Ciò significa che le Regioni possono sì introdurre misure ulteriormente restrittive nell'ambito delle attività di loro competenza e sul presupposto dell'aggravamento del rischio sanitario verificatosi nel loro territorio, ma con efficacia nel tempo limitata all'entrata in vigore di un nuovo DPCM. Peraltro, il D.L. n. 125/2020, recante «*Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta covid nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020*» e, in particolare l'articolo 1 comma 2 lettera a), ha modificato il testo dell'art. 1, co. 16<sup>36</sup>, D.L. 33/2020, conv. con mod., L. 74/2020, disponendo che: «*Al decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74 [...] a) all'articolo 1, comma 16, le parole «ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2» sono sostituite dalle seguenti: «restrittive rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2, ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute, anche ampliative»*».

Ne consegue, allora, alla luce della normativa richiamata, un corollario fatto proprio dal TAR Puglia-Bari nell'Ordinanza n. 710/2020: solo al verificarsi di specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario su tutto il territorio regionale o su parte di esso, la Regione, nelle materie di sua competenza,

---

*3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni. In relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, accertato secondo i criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020 e sue eventuali modificazioni, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, la Regione, informando contestualmente il Ministro della salute, può introdurre misure derogatorie, ampliative o restrittive, rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2.»*

<sup>36</sup> V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2020, 20 marzo 2020, pp. 885-892; M. TRESKA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al covid-19*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 2/2020, p. 200 ss.

può introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle indicate nel DPCM in vigore; peraltro, ciò è possibile nelle more e con efficacia limitata all'entrata in vigore del decreto successivo. Del resto, il reticolato normativo – complesso e composito<sup>37</sup> – permette di realizzare la consistenza della fonte primaria la quale indica un certo “automatismo” a suo favore e la cui adozione determina il venir meno della deroga.

In definitiva, anche laddove volesse negarsi l'automatismo del venir meno della deroga a causa del DPCM entrato in vigore successivamente, l'ordinanza regionale dovrebbe ritenersi comunque invalida per illegittimità sopravvenuta giacché essendo essa preesistente perde la sua efficacia stante l'esistenza giuridica di un nuovo DPCM in quanto proprio l'art. 3 del D.L. 19/2020– riprendendo così le conclusioni del TAR Puglia, sez. Bari – «è inequivoco nel limitare l'efficacia delle misure regionali – più restrittive rispetto alle misure statali di contenimento del rischio epidemiologico – fino al momento dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1 D.L. 19/2020».

La vicenda pugliese denota la consistenza della conflittualità tra Stato e Regione permette, in definitiva, di rispolverare, prima che sia troppo tardi, una sana «leale collaborazione»<sup>38</sup> che è presagio di un sistema scevro, almeno durante la fase emergenziale, di risvolti inerenti la certezza del diritto e conseguenti allo stratificarsi di atti dal contenuto opposto tra loro. Soprattutto laddove, in talune circostanze, l'animosità dei poteri si ripercuote<sup>39</sup> – anche – sulla scuola<sup>40</sup>, sull'istruzione quale «diritto sociale»<sup>41</sup> ovvero sulla comunità educante<sup>42</sup> e formativa.

<sup>37</sup> Cfr., un risalente, ma solido monito: Corte cost., sent. n. 49/1958: «Questa collaborazione fra lo Stato e la Regione è del tutto normale nel sistema delle nostre autonomie, sia che si tratti d'attività legislativa, sia che si tratti d'attività amministrativa. In questi campi la legislazione dello Stato, che tenga conto opportunamente della competenza della Regione e della sua legislazione (...) può facilmente superare le difficoltà che derivano dal fatto che due enti diversi esercitano funzioni diverse sullo stesso bene». Di recente, si v. il contributo di C. INGENITO, *Il principio di leale collaborazione e le linee guida nelle recenti sentenze della Corte costituzionale in materia ambientale*, in *AmbienteDiritto.it*, fasc. 4/2020, *passim* appare di certo interesse ove enuclea, ai punti 1, 2 e 3, un'attenta disamina corroborata da ampi richiami alla dottrina maggioritaria ed alla giurisprudenza costituzionale.

<sup>38</sup> In dottrina, aspetto già dibattuto: G. SCACCIA, *Norme generali sull'istruzione e potestà legislativa concorrente in materia di istruzione: alla ricerca di un criterio discrezionale*, in *Giur. cost.*, 2005, 2716 ss.; M. DRIGANI, *L'istruzione tra Stato e Regioni. Un difficile riparto di competenze*, in G. MATTUCCI, F. RIGANO (cur.), *Costituzione e istruzione. Scritti diritto pubblico*, Milano, 2016, pp. 51-84; S. NICODEMO, *L'istruzione tra “principi fondamentali” e “norme generali”*, in *Quad. cost.*, 2006, 128 ss.

<sup>39</sup> Proprio sull'apertura (o chiusura) delle scuole, a ridosso della stesura del presente scritto, si segnala l'intervento del TAR Calabria-Catanzaro che, con Decreto cautelare del 23 novembre 2020, ha sospeso l'Ordinanza del Presidente f.f. della G.R. della Regione Calabria del 14 novembre 2020, nella parte in cui era

---

stata ordinata sull'intero territorio regionale, dal 16 novembre 2020 a tutto il 28 novembre 2020, la sospensione in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado, con ricorso alla didattica a distanza, rimettendo in capo alle autorità scolastiche la rimodulazione delle stesse: «Considerato che il DPCM del 3/11/20, anche nei territori regionali più intensamente caratterizzati dal rialzo della curva epidemica per infezione da Covid 19, sconta la possibilità di effettuare attività didattiche "in presenza" nella scuola materna, in quella elementare e nella prima media e ciò al fine di assicurare, da parte del Sistema Nazionale di istruzione, a queste categorie di alunni, attività formative – decisive ai fini della strutturazione stessa della personalità in un regime di socializzazione – e di insegnamento non adeguatamente surrogabili da una eventuale, sempre ch  concretamente attivabile con carattere di generalit , didattica "a distanza" per tali fasce di et ; Considerato che l'evidente conflitto tra l'atto impugnato -adottato appena otto giorni dopo l'entrata in vigore del sopramenzionato DPCM (cfr. art. 3 comma 4) e ben prima del lasso temporale minimo previsto dal Governo per le verifiche sull'andamento della curva- e le disposizioni del Governo ivi incluse quelle del Ministero dell'Istruzione, queste ultime (vedi cd. protocollo COVID e D.M. n.39 del 26/6/20 di approvazione del Piano Scuola 2020/21) configuranti modalit  di gestione dell'impatto epidemico, sia a livello di prevenzione del rischio e sia in relazione ad eventuali casi di contagio riscontrati in ambito scolastico, volte a contemperare l'emergenza con l'ordinaria attivit  didattica in presenza per gli alunni in questione, pu  trovare composizione con conseguente legittimo esercizio del potere di ordinanza contingibile ed urgente ai sensi dell'art. 32 comma 3 della legge n.833/78 esclusivamente ove ricorrano situazioni sopravvenute o non considerate dal citato DPCM oppure in relazione a specificit  locali».

<sup>40</sup> M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, op. cit., passim; U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, spec. 96

<sup>41</sup> I. LOIODICE, *Costituzione scolastica: servizio scolastico unico ed autonomia delle scuole*, in *Amm. e Pol.*, 1996, spec. 9 ss.; G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola: qualche riflessione sulla formazione degli insegnanti*, in *federalismi.it*, fasc. 13/2014, spec. 8.

<sup>42</sup> Ricercatore di Diritto Costituzionale nell'Universit  degli Studi di Catania.

## IL DISINCANTO E L'ILLUSIONE.

### Sul valore dello "Stato di diritto" in alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Giancarlo Antonio Ferro\*

**ABSTRACT** [ITA]: Il contributo esamina criticamente alcune recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea rese a seguito di ricorsi ex art. 258 TFUE, promossi dalla Commissione contro la Polonia per violazione del valore della *rule of law*. L'Autore non ritiene condivisibile l'utilizzo strategico del ricorso per inadempimento ai fini della risoluzione di una questione caratterizzata da alto tasso di politicità.

**ABSTRACT** [ENG]: *The present essay critically assesses some recent case law of the European Court of justice, following complaints ex art 258 TFEU filed by the Commission against Poland and alleging violations of the rule of law. The Author does not agree with the strategic use of the allegation of infringement for failure to comply in order to resolve an issue that is very political in nature.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. – **2.** Gli strumenti "politici" per la tutela dello Stato di diritto nello spazio giuridico europeo: cenni. – **3.** Stato di diritto e ruolo della Corte di Giustizia: le risposte alla recente crisi polacca. – **4.** Disincanto e illusione. A mo' di conclusione.

---

\* G. Cocco, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. dir.*, 2000, 81 ss.

*Il lavoro è destinato, in forma parzialmente ridotta, al volume "L'Europa dei tre disincanti. Liber Amicorum per Giovanni Cocco", a cura di P. Carnevale, E. Castorina, G. Grasso e R. Manfredi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.*

## 1. Premessa.

Nel rileggere, a distanza di ormai vent'anni dalla pubblicazione, «*L'Europa dei tre disincanti*» di Giovanni Cocco<sup>1</sup> si rimane sorpresi per l'attualità di molte riflessioni in esso contenute<sup>2</sup>. Al contempo, "imbarazza" dover constatare che nel percorso di integrazione europea non siano stati ad oggi (nella sostanza) accolti molti degli auspici formulati dall'Autore. Così, infatti, non può dirsi compiuta la «cessione di sovranità estesa, convinta e radicale a favore dell'ente europeo»<sup>3</sup>, prodromica alla realizzazione di un progetto di federazione del vecchio continente; né possono considerarsi del tutto superate le critiche sulla scarsa democratizzazione delle Istituzioni europee<sup>4</sup>; permangono, inoltre, le aporie dello sviluppo connesse al radicarsi dei fenomeni di globalizzazione dell'economia, su cui Cocco ha posto particolare attenzione<sup>5</sup>.

*Nihil sub sole novi*, allora, pur dopo l'enfaticata svolta in senso "costituzionale" di Lisbona?

La risposta all'interrogativo dipende dall'angolo visuale che intende adottarsi.

Se si osservassero le evoluzioni del processo di integrazione europea da un punto di vista "politico", non v'è dubbio che i disincanti di cui discorreva Cocco possano a pieno titolo ritenersi cristallizzati dalla storia ed elevati ad obiettivi ancora da realizzare.

Diverse, *primo visu*, le conclusioni cui si giunge da prospettiva giuridico-formale, soprattutto laddove nei disincanti individuati da Cocco si rinvenisse in definitiva la traiettoria di un programma per la *costituzionalizzazione* dell'Europa. Invero, come è stato efficacemente osservato, con i Trattati di Lisbona l'ordinamento europeo appare «ormai corredato (quantomeno) di un nucleo di norme *ontologicamente* costituzionali» e in esso è possibile rinvenire «un primo abbozzo di unione politica sufficientemente

<sup>1</sup> Non a caso, su molte delle questioni affrontate nel precedente scritto, lo stesso Autore insiste nel più recente *Itinerario di un'Europa incompiuta: dalle crisi alla rinascita*, in *Pol. dir.*, 2020, 313 ss.

<sup>2</sup> G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, cit., 81 e 106.

<sup>3</sup> G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, cit., 85 ss.

<sup>4</sup> G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, cit., 107 s.

<sup>5</sup> A. CIANCIO, *Perché un diritto costituzionale europeo? Quattro brevi risposte a partire dalle elezioni del 2019*, in *Federalismi.it* (5 giugno 2019), la quale, tuttavia, ammette realisticamente che «l'indubbia e costante tensione verso la realizzazione dell'unità politica non può dirsi aver ancora centrato a pieno l'obiettivo, nonostante quell'assetto istituzionale-organizzativo, che potrebbe definirsi alquanto sofisticato» (6).

definita sotto il profilo giuridico e istituzionale»<sup>6</sup>. L'Unione si sarebbe così «dotata di un "cuore" costituzionale, espresso in primo luogo nella formulazione dell'art. 2 TUE e nei valori che esso racchiude quali valori condivisi da tutti gli Stati membri di cui la citata disposizione fornisce, pertanto, la "piattaforma costituzionale comune"»<sup>7</sup>, rinsaldata al contempo dall'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del medesimo valore giuridico dei Trattati per effetto dell'art. 6 TUE.

Tuttavia, «la storia ci insegna (...) che anche le più perfette architetture costituzionali possono disgregarsi se non sono alimentate dall'afflato della partecipazione e da un comune senso di appartenenza e di solidarietà»<sup>8</sup>.

Sotto questo profilo, l'analisi delle concrete dinamiche di invero del precitato nucleo di valori nel tessuto ordinamentale dell'Unione offre segnali non del tutto rassicuranti e svela, per dir così, che il reale disincanto europeo, colto con lungimiranza dall'Autore qui onorato, consiste nell'assenza di una politica *per* l'Unione, in grado, per un verso, di "con-dividere" espressioni di sovranità; per altro verso, di "com-promettere" le popolazioni degli Stati membri al rispetto di una piattaforma valoriale che connota l'identità stessa dell'Unione europea.

Lo dimostra, in particolare, la diffusione in alcuni Stati membri di fenomeni di *rule of law backsliding*<sup>9</sup>, a fronte dei quali gli interventi delle Istituzioni dell'Unione a difesa del principio dello Stato di diritto sembrano caratterizzarsi per la vistosa asimmetria tra *lessico politico* e *lessico giurisdizionale*, che ha sinora scandito il processo di integrazione.

Asimmetria affiorata con evidenza nella recente *querelle* sorta a seguito dell'adozione da parte del Parlamento polacco di una serie di "riforme" del sistema

<sup>6</sup> A. CIANCIO, op. cit., 4.

<sup>7</sup> G. COCCO, *Itinerario di un'Europa incompiuta*, cit., 382.

<sup>8</sup> Nella definizione fornita da L. PECH - K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, 2017, 7, secondo i quali con tale espressione è da intendere «the process through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party». Si veda, altresì, degli stessi Autori, *What is Rule of Law Backsliding?*, in *VerfBlog* (2 marzo 2018).

<sup>9</sup> Per un'attenta analisi della peculiare situazione polacca, cfr., almeno, W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; Id., *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, in *Sydney Law School Research Paper*, 1, 2018, 2 ss.; nonché A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCEonline*, n. 3/2017, 787 ss.

giudiziario, dirette ad introdurre forme di controllo e condizionamento dei giudici da parte del potere politico, con palpabili ricadute sulla tenuta dello Stato di diritto, che trova proprio nel principio di indipendenza della magistratura una delle sue massime espressioni<sup>10</sup>.

Gli esiti della vicenda, come si vedrà, mostrano che alla debolezza delle risposte politiche delle Istituzioni dell'Unione ha fatto, ancora una volta, da contraltare una straordinaria opera di resistenza centripeta posta in essere dalla Corte di Giustizia a tutela del principio della *rule of law*, annoverato dal Preambolo e dal citato art. 2 TUE, oltre che dal Preambolo della CDFUE tra i valori fondamentali europei<sup>11</sup>.

Nel presente contributo ci si soffermerà, in particolare, su due recenti pronunce rese dai giudici di Lussemburgo nell'ambito di ricorsi per inadempimento proposti, ai sensi dell'art. 258 TFUE, dalla Commissione contro la Polonia aventi ad oggetto le suddette misure in materia di giustizia, al fine di dimostrare che l'attività di supplenza attiva ormai assunta dalla Corte dell'Unione rispetto ai vuoti della politica conduce alla disincantata constatazione che il cuore costituzionale europeo non pulsava ancora, per dir così, a battiti regolari.

## **2. Gli strumenti "politici" per la tutela dello Stato di diritto nello spazio giuridico europeo: cenni.**

Prima di passare all'esame dei citati arresti giurisprudenziali, occorre sgombrare il campo da un possibile fraintendimento.

Le ragioni degli interventi della Corte di giustizia in diatribe che dovrebbero trovare innanzitutto in campo politico la loro composizione non risiedono nella carenza di strumenti di natura politica all'uopo predisposti dall'ordinamento dell'Unione per rispondere ad eventuali aggressioni ai valori fondamentali; al

---

<sup>10</sup> Valori che le Istituzioni comunitarie e gli Stati membri si sono impegnati a tutelare e promuovere (artt. 2, 3 e 13 TUE) e che devono ispirare l'azione dell'UE anche sul piano internazionale (artt. 8, 21, 32, 42 TUE); il loro rispetto è, inoltre, precondizione per divenire Paese membro (art. 49 TUE). Per una lucida analisi, in ottica costituzionalistica, delle plurime dimensioni dei valori fondamentali dell'Unione, si veda, per tutti, E. CASTORINA, *I valori fondanti dell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Torino, 2010, 379 ss.

<sup>11</sup> E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle conclusioni del Consiglio del 21 luglio 2020)*, in *Federalismi.it*, 21 ottobre 2020, dalla cui versione è tratta la citazione riportata nel testo (p.55).

contrario, è forse la confusa sovrapposizione ed il mancato coordinamento di tali strumenti ad aver favorito il ricorso alle più “rassicuranti” e stabili armi processuali.

Ed è proprio con riguardo alla tutela dello Stato di diritto che si registra una tendenziale schizofrenia normativa, a cui in questa sede è possibile fare solo rapidamente cenno.

Come noto, l’unico meccanismo di natura politica stabilito dai Trattati per far fronte ai “rischi evidenti” o al concreto verificarsi di “gravi e persistenti” violazioni dei valori di cui all’art. 2 TUE, anche in ambiti che a rigore esulano dalla sfera di applicazione del diritto europeo, è quello previsto dall’art. 7 TUE, che tuttavia «non è stato mai portato a compimento, poiché la constatazione circa l’esistenza di una violazione grave e persistente dei valori indicati nell’art. 2 TUE, imputabile a uno Stato membro, soggiace a un procedimento complesso, che richiede l’unanimità nella decisione rimessa al Consiglio europeo e, dunque, la piena convergenza delle sovranità statali su cosa e come intendere la “legalità costituzionale” sia nella dimensione sovranazionale sia in quella interna»<sup>12</sup>.

Ed è proprio nel momento in cui l’Unione è stata chiamata ad affrontare la rapida diffusione in diversi Stati membri di fenomeni di violazione sistemica del principio dello Stato di diritto<sup>13</sup> nei suoi plurimi aspetti<sup>14</sup>, che sono emerse con maggiore evidenza le difficoltà attuative di tale procedura.

---

<sup>12</sup> Il dibattito pubblico sulle violazioni domestiche, ma con inevitabili proiezioni sull’ordinamento dell’Unione, del principio dello Stato di diritto non è nuovo, ma si è intensificato soprattutto dopo l’allargamento ai Paesi dell’Est. Sul punto, può ricordarsi la netta presa di posizione, nel 2013, dell’allora Vice-Presidente della Commissione europea e Commissario per la giustizia, i diritti fondamentali e la cittadinanza, Viviane Reding, che evidenziò l’esistenza di una *true rule of law crisis*, cui l’UE avrebbe dovuto far fronte in parallelo alla crisi economico-finanziaria (Discorso del 4 settembre 2013 dal titolo «*The EU and rule of law. What next?*»).

<sup>13</sup> Seguendo le ricostruzioni offerte nel tempo dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea e dalla Corte europea dei diritti dell’uomo sono da ricomprendere, a titolo esemplificativo, nella nozione unionale di *rule of law*: il principio di legalità, intesa in particolare quale sottoposizione dei poteri pubblici alla legge e divieto di esercizio arbitrario del potere esecutivo; la certezza del diritto; il principio del bilanciamento tra i poteri e la garanzia dell’indipendenza e dell’autonomia dell’ordine giudiziario; la tutela del pluralismo sociale, con particolare riferimento alla libertà e al pluralismo dei media.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell’Unione negli Stati membri (dialogo con Ugo Villani)*, in *Eurojus.it* (13 febbraio 2017), secondo cui «l’affollamento quasi spasmodico di queste iniziative è significativo, da un duplice punto di vista: da un lato, dimostra l’attualità e la rilevanza della questione, testimoniata dalla recente recrudescenza di crisi “sistemiche” di violazione della *rule of law* in alcuni Stati membri; dall’altro, rischia di produrre un effetto di confusione e di sovrapposizione tale da rendere in ultima analisi più complesso reagire in maniera efficace e credibile nei confronti delle situazioni di crisi. In definitiva, esse dimostrano a chiare lettere l’insufficienza dell’unico meccanismo formalmente previsto dai Trattati europei a questo fine, vale a dire il ricorso alla procedura di controllo codificata all’art. 7 TUE. Le iniziative di cui si discute si pongono infatti a monte della eventuale decisione, che il par. 1 della menzionata disposizione affida alla Commissione, al Parlamento o ad un

Difficoltà che hanno indotto le Istituzioni europee a dotarsi di strumenti di reazione politica, rimessi ad atti di *soft law* formalmente non previsti dal diritto primario dell'Unione, che se da un lato rispondono ad esigenze di "raffreddamento preventivo" degli eventuali effetti sanzionatori derivanti dall'applicazione dell'art. 7 TUE<sup>15</sup>, dall'altro, rischiano di tradursi in una fuga dal rispetto della rigida procedura stabilita in tale disposizione e dalle connesse *responsabilità politiche* ad essa sottese, soprattutto da parte degli organi intergovernativi europei.

Nella variegata serie di azioni intraprese dalle Istituzioni dell'Unione per la gestione dei fenomeni di *rule of law backsliding*, sebbene non manchino iniziative del Consiglio<sup>16</sup>, del Consiglio europeo<sup>17</sup> e, soprattutto, del Parlamento europeo<sup>18</sup>, assumono indubbio rilievo quelle poste in essere dalla Commissione.

Ed infatti, superato l'iniziale approccio casistico, nel 2014 quest'ultima, in risposta alla precedente crisi ungherese, ha adottato un «*Nuovo quadro generale per*

---

terzo degli Stati membri, di innescare di fronte al Consiglio la procedura di constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave, da parte di uno Stato membro, dei valori di cui all'art. 2 TUE. La scelta, assunta con il Trattato di Nizza, di affidare la predetta constatazione ad una decisione del Consiglio, da assumere con la maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri, nonché la necessità di un ulteriore intervento, quando la crisi si è già manifestata e la violazione perpetrata in maniera, oltre che grave, "persistente", per l'adozione di misure sanzionatorie quali la sospensione dei diritti attribuiti agli Stati membri dai Trattati, ha di fatto contribuito sinora a rendere lettera morta la disposizione in questione».

<sup>15</sup> Dal dicembre 2014, in seno al Consiglio Affari generali, è stato istituito il *Dialogo annuale sullo Stato di diritto in Europa*, volto a promuovere la diffusione di una cultura del rispetto della *rule of law* attraverso il confronto, la collaborazione e la condivisione di buone pratiche, in un'ottica essenzialmente preventiva e non sanzionatoria.

<sup>16</sup> Cfr., in particolare, le recenti *Conclusioni* (EUCO 10/20) adottate dal Consiglio europeo nella seduta straordinaria del 21 luglio 2020, con le quali sono stati approvati il piano *Next Generation EU (NGEU)* e le linee direttive del nuovo *Quadro Finanziario Pluriennale (QFP) 2021-2027*. Si tratta, come noto, di un cospicuo pacchetto di misure economiche volte a sostenere la ripresa dei Paesi membri, duramente colpiti dalla crisi (anche) economica generata dalla pandemia da Covid19. Per il profilo che qui interessa, merita di essere segnalata la discussa previsione, nell'ambito delle *Conclusioni*, della c.d. *clausola di condizionalità economica* dei fondi rispetto alla protezione dello Stato di diritto e della democrazia, peraltro già oggetto della *Proposta della Commissione di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 maggio 2018 (COM(2018) 324 final)*. Sulle peculiarità dei concreti meccanismi di attuazione della clausola previsti nelle *Conclusioni* e sulle criticità in ordine al rispetto del principio di legalità europea, cfr. l'acuta analisi di E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle conclusioni del Consiglio del 21 luglio 2020)*, cit., *passim*.

<sup>17</sup> Si segnalano, in particolare, le *Risoluzioni per l'istituzione di un Meccanismo UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali* del 25 ottobre 2016 e del 7 ottobre 2020 (su quest'ultima vd. *infra*).

<sup>18</sup> Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, 11 marzo 2014, COM(2014) 158 def., nel quale la nozione di Stato di diritto è stata definita facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, al Consiglio d'Europa, alla CEDU e ai documenti elaborati dalla Commissione di Venezia.

*rafforzare lo Stato di diritto*»<sup>19</sup>, da attivare nelle situazioni in cui le autorità di uno Stato membro introducano misure o tollerino condizioni tali da compromettere sistematicamente l'integrità, la stabilità o il corretto funzionamento delle Istituzioni e dei meccanismi di salvaguardia previsti a livello nazionale per garantire lo Stato di diritto. Pertanto, non sono prese in considerazione le singole violazioni dei diritti fondamentali – la cui “riparazione” deve essere rimessa, in primo luogo, ai giudici nazionali – ma le concrete minacce all'ordinamento politico, istituzionale o giuridico di uno Stato membro, alla sua struttura costituzionale, alla separazione dei poteri, all'indipendenza o all'imparzialità della magistratura e al suo sistema di controllo giurisdizionale, qualora i meccanismi previsti a livello nazionale non siano in grado di fornire una risposta adeguata al riguardo.

Al verificarsi di queste ipotesi, è avviato uno specifico *iter* scandito in tre fasi, che prevedono: a) la ricerca di una soluzione tramite il dialogo con lo Stato membro e la valutazione di tutte le informazioni rilevanti; b) l'eventuale formulazione di una raccomandazione della Commissione con la fissazione di un termine per provvedere all'adozione di misure per superare le criticità rilevate; c) un *follow-up* diretto alla valutazione degli interventi posti in essere dallo Stato interessato e, in caso di esito negativo, l'attivazione della procedura di cui all'art. 7 TUE<sup>20</sup>.

Tale quadro di interventi è stato di recente arricchito dall'introduzione, su impulso della Commissione presieduta da Ursula von der Leyen, del *Meccanismo europeo per lo Stato di diritto*, nell'ambito del quale viene adottata annualmente la *Relazione sullo Stato di diritto*, il cui obiettivo è quello di ampliare gli attuali strumenti a disposizione dell'Unione per fronteggiare le problematiche connesse allo Stato di diritto, attraverso la promozione di un confronto preventivo volto a favorire un dibattito inclusivo e a diffondere la cultura dello Stato di diritto in tutta l'Unione europea<sup>21</sup>. Il *Meccanismo* prevede, inoltre, che alla pubblicazione della *Relazione* faccia

---

<sup>19</sup> Il che dimostra che non si tratta di un procedimento alternativo al meccanismo di cui all'art. 7 TUE ma, come rilevato di recente da E. CASTORINA, *Stato di diritto e “condizionalità economica”*, cit., 55, «di un potenziamento della fase preliminare e di carattere istruttorio affidata alla Commissione pur sempre all'interno» della citata disposizione.

<sup>20</sup> La prima Relazione è stata adottata con Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *2020 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union*, 30 settembre 2020, Com (2020) 580 final.

<sup>21</sup> Lungo la traiettoria tracciata dalla Commissione si è di recente mosso anche il Parlamento europeo, che con la *Risoluzione per l'istituzione di un meccanismo dell'Unione europea in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali* del 7 ottobre 2020, ha sostanzialmente accolto la proposta della Commissione parlamentare LIBE (Libertà civili, giustizia e affari interni) per l'adozione di un accordo interistituzionale idoneo a garantire il

seguito un dibattito in seno al Consiglio e al Parlamento europeo, oltre che nei Parlamenti nazionali e nella società civile<sup>22</sup>.

### **3. Stato di diritto e ruolo della Corte di Giustizia: le risposte alla recente crisi polacca.**

Ispirata dall'intento di ammorbidire i rigidi meccanismi della procedura ex art. 7 TUE, l'implementazione degli strumenti politici europei di reazione alle derive illiberali di alcuni Stati membri e alle conseguenti aggressioni al principio dello Stato di diritto non ha sortito gli effetti sperati, come dimostrano in particolare gli esiti più recenti della crisi ungherese e di quella polacca. In questi casi, infatti, a fronte di un indubbio dinamismo della Commissione<sup>23</sup> e del Parlamento<sup>24</sup>, che hanno esercitato le

coordinamento e la cooperazione tra Commissione, Consiglio e Parlamento nell'attività di monitoraggio degli Stati membri per quanto riguarda la loro adesione ai valori dell'UE. La proposta di accordo interistituzionale del Parlamento europeo "assorbe" parzialmente il Meccanismo europeo per lo Stato di diritto introdotto dalla Commissione e mira a trasformarlo in una procedura giuridicamente vincolante e il cui ambito di applicazione si estenda anche a democrazia e diritti fondamentali. L'accordo intende rafforzare il ruolo della Commissione nella formulazione di raccomandazioni specifiche per Paese, che dovrebbero successivamente costituire oggetto di monitoraggio da parte delle istituzioni europee. Tra i punti qualificanti della risoluzione anche la proposta di coinvolgere il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali nella sede di un dibattito interparlamentare sulle risultanze del nuovo meccanismo.

In particolare, il progetto di proposta per l'accordo prevede l'istituzione di un ciclo annuale di monitoraggio dei valori dell'Unione, articolato in tre fasi, che riecheggiano l'impostazione del citato quadro adottato dalla Commissione del 2014. La prima fase, di natura preparatoria, è dedicata alla consultazione delle parti interessate (organizzazioni della società civile, associazioni, istituzioni e organizzazioni internazionali, enti nazionali) per raccogliere le informazioni necessarie sugli sviluppi sia positivi che negativi relativi alla tutela dei diritti fondamentali, alla democrazia e allo Stato di diritto in ogni Stato Membro. Alla luce dei risultati dell'istruttoria, la Commissione deve predisporre e pubblicare una relazione annuale, corredata di raccomandazioni per ciascuno Stato sugli obiettivi, le modalità e le tempistiche idonei a rafforzare la protezione e la promozione dei valori dell'UE. Infine, è prevista una fase di *follow-up*, volta alla verifica da parte del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sull'attuazione delle raccomandazioni e all'instaurazione di dialogo con gli Stati membri per favorirla.

Dalla mancata attuazione delle raccomandazioni – che, secondo il Parlamento, non dovrebbero attenere solo al ricorso contro le violazioni, ma dovrebbero essere anche dirette alla promozione di politiche che consentano ai cittadini di fruire dei diritti e dei valori dell'Unione – l'Assemblea auspica che si facciano discendere concrete misure, fra cui le procedure ex art. 7 TUE, procedimenti d'infrazione e la condizionalità di bilancio una volta in vigore.

<sup>22</sup> Cfr. *Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia*, 20 dicembre 2017 (COM(2017) 835), presentata dalla Commissione a seguito della formulazione di numerose raccomandazioni rivolte alla Repubblica polacca nel contesto del sopracitato Nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto.

<sup>23</sup> Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, par. 1, TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione*, in GUUE, C 433, 23 dicembre 2019, 66.

proprie competenze in ordine all'attivazione dell'art. 7, par. 1, TUE, si registra l'immobilismo decisionale del Consiglio che «in un esercizio di cautela politico-diplomatica, si è limitato a svolgere alcune audizioni formali con questi due Stati ma non ha ancora adottato alcuna raccomandazione sul merito delle questioni»<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi.it* (1 aprile 2020), 3.

<sup>25</sup> In particolare, CGUE 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia* ha definito la procedura riguardante l'indipendenza della Corte suprema polacca, a seguito dell'approvazione di una legge che aveva stabilito l'abbassamento dell'età pensionabile dei giudici della Corte suprema e, contestualmente aveva attribuito al Presidente della Repubblica il potere di estendere il mandato di questi giudici. Oggetto della successiva sentenza CGUE 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*, invece, è stata la legge del 12 luglio 2017, che, nel modificare l'organizzazione dei tribunali ordinari, ha previsto altresì l'abbassamento dell'età di pensionamento della magistratura giudicante ed inquirente polacca all'età di 60 anni per le donne e di 65 anni per gli uomini. Al contempo, la stessa legge ha attribuito un potere di proroga rispetto a tale pensionamento anticipato in capo al Ministro della Giustizia polacco, da esercitarsi su richiesta dell'interessato. Sulla prima di tali pronunce, cfr. M. ARANCI, *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa Commissione/Polonia*, in *Rivista Eurojus.it*, 3, 2019, 49 ss.; M. BONELLI, *Il lato positivo: Commissione c. Polonia e l'inizio di una fase per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *sidiblog.org*, 5 luglio 2019, nonché, se si vuole, G.A. FERRO, *Difesa dello Stato di diritto e spolticizzazione dell'Unione europea. Brevi osservazioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia in materia di indipendenza del potere giudiziario in Polonia*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 63, 2019, 161 ss. Sulla seconda sentenza, invece, si vedano gli accurati commenti di E. CIMADOR, *La Corte di giustizia conferma il potenziale della procedura d'infrazione ai fini di tutela della rule of law. Brevi riflessioni a margine della sentenza Commissione/Polonia (organizzazione tribunali ordinari)*, in *Eurojus.it*, 1, 2020, 60 ss. e di M. CARTA, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE*, ivi, 1 ss.

La terza delle procedure per inadempimento (ricorso C-791/19 *Commissione c. Polonia*) cui si fa riferimento nel testo, non ancora definita nel merito, riguarda il nuovo regime disciplinare che consente di sottoporre i giudici ordinari a indagini, procedimenti e sanzioni disciplinari per le loro decisioni giudiziarie, ivi compreso l'esercizio del potere di rinvio pregiudiziale. Sul punto, la Corte di giustizia si è tuttavia pronunciata con ordinanza cautelare dell'8 aprile 2020, con cui, *inter alia*, è stata ingiunta la sospensione, in attesa della sentenza di merito, dell'applicazione delle disposizioni di legge che costituiscono la base della giurisdizione della Camera disciplinare della Corte Suprema; la non trasmissione dei casi pendenti dinanzi alla suddetta Camera disciplinare a un tribunale che non soddisfa i requisiti di indipendenza; e, infine, la comunicazione alla Commissione, di tutte le misure intraprese o da intraprendere per superare la denunciata lesione del principio di indipendenza.

Sulla disciplina del nuovo regime disciplinare dei magistrati introdotto in Polonia, la Corte ha già avuto modo di pronunciarsi in sede di rinvii pregiudiziali promossi dalla Corte Suprema polacca ex art. 267 TFUE, nell'ambito di controversie instaurate da alcuni giudici contro il Consiglio nazionale della magistratura in merito al loro collocamento a riposto anticipato per effetto della nuova disciplina nazionale. In particolare, le censure hanno avuto ad oggetto proprio l'indipendenza della Camera disciplinare, formata esclusivamente da giudici scelti dal Consiglio nazionale della magistratura che, per composizione, non offre garanzie di reale indipendenza. Con sentenza resa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia il 19 novembre 2019 (CGUE 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18; C-624/18 e C-625/18, A.K.), il giudice europeo ha accolto i dubbi della Corte suprema polacca. Pur esulando dallo scopo di questo contributo, merita di essere sottolineato che, sotto questo profilo, le iniziative della Commissione hanno funto da incoraggiamento per i giudici domestici, molti dei quali tuttavia sono stati poi sottoposti a procedimenti disciplinari per il solo fatto di aver rinviato alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali relative all'indipendenza della magistratura polacca; il che non lascia molti dubbi sull'esito pressoché scontato, nel senso di un'ulteriore condanna per inadempimento, del terzo dei ricorsi di cui si è fatto sopra cenno. Maggiori ragguagli in P. MORI, op. cit., 6 ss. e letteratura ivi citata (in specie nt. 28).

Del resto, che la procedura disciplinata dalla citata disposizione sia allo stato destinata a rimanere una delle più vistose *non applicazioni* del diritto primario europeo è aspetto di cui i Governi domestici hanno piena consapevolezza, tanto da non aver mostrato grande preoccupazione dinanzi alle sopra citate iniziative politiche dell'Unione e da aver proseguito, al contrario, nell'opera di "cattura" dello Stato di diritto e della democrazia nei propri Paesi.

Nel tentativo di aggirare gli ostacoli connessi all'utilizzazione del metodo intergovernativo, su cui è modellato il meccanismo ex art. 7 TUE, e di *comunitarizzare* le risposte dell'Unione ai fenomeni di *rule of law backsliding*, la Commissione ha, dunque, mutato strategia di intervento, affiancando alla procedura di cui all'art. 7 TUE specifiche procedure di infrazione instaurate, ai sensi dell'art. 258 TFUE, davanti alla Corte di giustizia per violazione di norme del Trattato e della Carta che esprimono i principi e i valori fondamentali dello Stato di diritto sanciti nell'art. 2 TUE

Ed è con riguardo alla gestione della crisi polacca che la Corte di giustizia si è rivelata, sotto più profili, un'affidabile alleata dell'Esecutivo europeo.

Come noto, ad oggi la Corte del Kirchberg si è pronunciata solo su due delle tre procedure per infrazione promosse dalla Commissione contro il Governo di Varsavia, aventi ad oggetto vari profili della riforma del sistema giudiziario polacco direttamente incidenti sul principio di indipendenza dei giudici e, dunque, su un aspetto qualificante del principio dello Stato di diritto<sup>26</sup>.

Pur non potendo dar conto, in questa sede, dei contenuti delle singole vicende e dei relativi esiti giurisprudenziali, è opportuno brevemente evidenziare alcuni profili che sembrano sin qui caratterizzare la staffetta tra politica e giurisdizione a difesa dei valori fondamentali dell'Unione.

In primo luogo, il *modus operandi* seguito sembra quasi ricalcare la descritta struttura bipartita della procedura disciplinata dall'art. 7 TUE, nella quale ad una prima fase che può definirsi di monito fa seguito, una volta accertata la violazione dei valori dell'Unione, l'eventuale attivazione del meccanismo sanzionatorio.

Ed infatti, sul versante strettamente processuale, si segnala la strategica utilizzazione, nell'ambito del giudizio ex art. 258 TFUE, del procedimento monitorio

---

<sup>26</sup> Corte di giustizia, ordinanza del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione vs. Polonia*, pt. 115 cons. dir.

disciplinato dall'art. 279 TFUE e dall'art. 160, par. 2, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, che ha consentito a quest'ultima di adottare, su istanza della Commissione e in attesa della decisione sul merito dei ricorsi, provvedimenti provvisori di ingiunzione nell'«*interesse generale dell'Unione a garantire il buon funzionamento del suo ordinamento giuridico*»<sup>27</sup>, eventualmente accompagnati dall'irrogazione di un'*astreinte* da inadempimento, la cui efficacia in termini di pressione sul Governo polacco si è rivelata più incisiva della formale apertura della procedura ex art. 7 TUE<sup>28</sup>.

È, tuttavia, sul piano sostanziale che la tendenza a rendere il giudizio per infrazione, per un verso, alternativo e, per altro verso, speculare al meccanismo ex art. 7 TUE, emerge con più evidenza, con inevitabili torsioni della lettera dei Trattati, soprattutto con riguardo all'ambito di intervento della Corte di Giustizia a fronte di crisi sistemiche dei valori fondamentali dell'Unione.

Si è già detto, infatti, che il sistema di controllo e sanzione predisposto dall'art. 7 TUE può essere attivato anche per violazioni dei principi e dei valori dell'Unione non rientranti nei settori riservati al diritto UE, laddove, invece, la procedura ex art. 258 TFUE, è volta a contrastare *specifiche* violazioni del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri.

<sup>27</sup>Ed infatti a seguito dell'ordinanza cautelare del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione vs. Polonia*, pronunciata nell'ambito della prima procedura d'infrazione definita con la citata sentenza del 24 giugno 2019, si è assistito ad un (apparente) *dietro-front* del governo polacco, consapevole con ogni probabilità dei rischi connessi ad un eventuale inadempimento dell'ordinanza cautelare. Con legge del 21 novembre 2018, infatti, il Parlamento polacco, su proposta del governo, ha sospeso la disciplina sul prepensionamento forzato (e con effetti retroattivi) introdotta dalla riforma del dicembre 2017, stabilendo che i magistrati della Corte suprema, entrati in carica prima dell'entrata in vigore della predetta riforma, sarebbero cessati dalle proprie funzioni al compimento del settantesimo anno di età, con conseguente reintegrazione dei giudici posti in quiescenza per effetto del censurato provvedimento legislativo.

<sup>28</sup>Che impone agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Nel caso in esame, se è pur vero che l'intero ragionamento condotto dalla Corte sia stato costruito attorno al principio di effettività della tutela giurisdizionale, il parametro di giudizio è stato limitato al solo art. 19, par. 1, comma secondo, TUE e non esteso, come invece prospettato nel ricorso della Commissione, all'art. 47 CDFUE.

Tale ultima disposizione non avrebbe, infatti, *ex se* consentito ai giudici lussemburghesi di accertare alcun inadempimento dello Stato polacco agli obblighi unionali, non foss'altro in ragione dell'applicazione del limite previsto dall'art. 51 CDFUE, a tenore del quale le disposizioni della Carta si applicano esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Eventuali obblighi vincolanti per gli Stati potrebbero, dunque, essere ravvisati soltanto nell'ipotesi di applicabilità di norme di diritto primario o derivato unionale (secondo la nota ricostruzione adottata dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*). Poiché l'organizzazione del sistema giudiziario non rientra tra le materie disciplinate dal diritto dell'Unione, costituendo, di contro, un settore rimesso alla peculiare disciplina degli Stati, nel caso di specie non poteva rinvenirsi una specifica disciplina dell'Unione, la cui applicazione fosse in qualche modo "compromessa" dalla legge polacca sull'abbassamento dell'età pensionabile.

Al fine di ovviare all'ostacolo del chiaro dettato dei Trattati e consentire, in definitiva alla Corte di estendere il proprio sindacato su una normativa avente ad oggetto una materia, quale l'organizzazione della giustizia, attribuita alla competenza dei singoli Stati membri, i giudici del Kirchberg, nell'accogliere la lettura avanzata sul punto dalla Commissione nei propri ricorsi, hanno fatto leva su un'interpretazione piuttosto estensiva dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE<sup>29</sup>, inquadrato nella più ampia cornice dei valori fondamentali dell'Unione, siccome espressi dall'art. 2 TUE<sup>30</sup>.

Segnatamente, la Corte dopo aver premesso che il principio della tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 19, par. 1, comma 2, TUE risponde direttamente alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed assurge al rango di principio generale del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE, ne ha sottolineato l'applicabilità in tutti i settori disciplinati dal diritto dell'Unione, indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto. Secondo i giudici lussemburghesi, inoltre, il citato art. 19 TUE, affidando ai giudici nazionali ed alla Corte il compito di garantire la piena applicazione del diritto

---

<sup>29</sup> Secondo la ricostruzione già offerta da Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*. Nella specie, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale sollevato dal *Tribunal de Contas* portoghese che lamentava la riduzione degli stipendi dei magistrati disposte nel quadro dei programmi di contenimento della spesa pubblica. Il giudice del Kirchberg ha ritenuto che il valore dello stato di diritto di cui all'art. 2 TUE dovesse considerarsi accessibile al proprio scrutinio, perché esso trovava una peculiare concretizzazione proprio nell'art. 19, par. 1, TUE, laddove stabilisce l'obbligo in capo agli Stati membri di predisporre i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Effettività della tutela vuol dire, nella sostanza, che qualora i giudici nazionali siano coinvolti nell'attività di interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, questa debba avvenire nel rispetto di alcuni presupposti necessari affinché ne venga salvaguardata la continuità, l'integrità, e con essa la sua funzionalizzazione al perseguimento degli obiettivi dei Trattati. Tra questi presupposti vanno contemplati «il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e *che sia indipendente*». L'indipendenza dei giudici, in particolare, vale sia come diritto individuale ai sensi dell'art. 47 della Carta, ma anche come principio di struttura dell'ordinamento europeo, il quale fa riferimento alla necessaria presenza di giudici indipendenti a livello nazionale, ad esempio, quando presuppone la funzionalità dello strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, ovvero, in una prospettiva più generale, quando incentra sul controllo giurisdizionale effettivo l'operatività di quegli strumenti che danno corpo al principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE. Il medesimo approccio interpretativo sull'art. 19 TUE è stato, altresì, seguito da Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza 25 luglio 2018, causa C-216/18, *LM*, in materia di mandato di arresto europeo.

In letteratura, per un commento alle pronunce sopra richiamate, cfr. *ex multis*, M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European papers*, 3, 2018, pp. 985 ss, nonché le lucide riflessioni di G. REPETTO, *Incroci (davvero) pericolosi. Il conflitto giurisdizionale sull'indipendenza dei giudici tra Lussemburgo e Varsavia*, in *Diritti comparati* (7 novembre 2018).

<sup>30</sup> CGUE, sent. 24 giugno 2019, cit., punti 51 e 52 del Considerato in diritto.

dell'Unione in tutti gli Stati membri nonché la tutela giurisdizionale effettiva spettante ai singoli in forza di detto diritto, realizza *in vivo* il valore dello Stato di diritto enunciato dall'articolo 2 TUE.

L'adesione all'Unione europea impone, infatti, agli Stati membri la condivisione, il rispetto e la promozione, tra gli altri, del valore della *rule of law*, che si sostanzia in primo luogo nell'esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo, affidato ad organi indipendenti dalle ingerenze del potere politico. Al fine di garantire un'applicazione stabile ed un'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione, è stato istituito dai Trattati un peculiare sistema giurisdizionale, che individua nel meccanismo del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* uno strumento di dialogo fondamentale tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali, ai quali è demandata l'applicazione del diritto UE all'interno degli Stati membri, nonché la piena tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dai Trattati, dalla Carta e dagli atti di diritto derivato.

L'indipendenza degli organi giudicanti nazionali rappresenta, dunque, il presupposto irrinunciabile per il funzionamento del predetto sistema: i giudici domestici dovendo interpretare e applicare il diritto eurounitario, anche attraverso l'esercizio del potere di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, devono essere salvaguardati da qualunque ingerenza politica.

Sotto questo profilo, l'art. 19 TFUE, là dove impone agli Stati membri di predisporre i mezzi per garantire ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva, rappresenta l'immediata traduzione di un profilo essenziale del principio dello *Stato di diritto*, nonché la base normativa per dichiarare la fondatezza dell'inadempimento dello Stato membro. Secondo la Corte, infatti, la necessità di assicurare rimedi concreti dinanzi ad un giudice nazionale – in quanto giudice del diritto dell'Unione europea – non importa in ogni caso né un'estensione delle competenze riconosciute all'Unione, né tantomeno un'ingerenza della stessa nell'organizzazione e nella disciplina dell'ordinamento giudiziario<sup>31</sup>.

Ne consegue che nel riconoscere l'articolo 19, par. 1, comma 2, TUE quale diretta concretizzazione dell'articolo 2 TUE «e rendendolo giustiziabile trasversalmente rispetto alle competenze dell'Unione, la Corte ha posto le basi per un'espansione di questo ragionamento ad altre norme dei Trattati che siano suscettibili di essere interpretate come specificazione dei principi riconducibili allo Stato di diritto, o, a

<sup>31</sup> E. CIMADOR, *op. cit.*, 73.

ben vedere, ad un altro dei valori enunciati dall'articolo 2 TUE, e siano formulate in modo tale da conferirvi compiuta efficacia precettiva»<sup>32</sup>.

#### 4. Illusione e disincanto. A mo' di conclusione.

Non v'è dubbio che allorquando siano minacciati valori supremi dell'ordinamento unionale *anche* la voce della Corte di giustizia debba farsi ascoltare. Eppure, l'impressione è che nell'architettura formalmente "corale" delle Istituzioni dell'Unione si assista con sempre maggiore frequenza all'esecuzione di assoli, su prelude della Commissione o dei giudici degli Stati membri, da parte della Corte lussemburghese, assunta a reale protagonista del percorso di integrazione europea. Di contro, le Istituzioni politiche rimangono (auto-)relegate ad un marginale ruolo di *claque*.

Accontentarsi, tuttavia, di un processo di integrazione rimesso soltanto a pur raffinate e fertili interpretazioni giurisprudenziali significa accettare il rischio di inevitabili mistificazioni tanto della lettera, quanto dello spirito dei Trattati.

Dall'esame delle forme con le quali l'Unione ha sin qui reagito ai fenomeni di *rule of law backsliding* sembra che l'Europa, mutuando (e mutando) il titolo dello scritto di

<sup>32</sup> Del resto, che la tenuta dell'assetto dei valori fondamentali abbia primario rilievo politico è dimostrato dall'art. 49 TUE, che la Corte di giustizia, nelle citate pronunce di inadempimento, non a caso pone tra le premesse del proprio ragionamento sulla "operationalization" del valore dello Stato di diritto di cui all'articolo 2 TUE per il tramite dell'articolo 19, par. 1, comma 2, TUE. Ed infatti, prima di individuare il contenuto assiologico di tale disposizione, il giudice del Kirchberg fa leva sull'art. 49 TUE, che disciplina la procedura di adesione all'Unione, statuendo che «ogni Stato europeo che *rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli* può domandare di diventare membro dell'Unione. Il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali sono informati di tale domanda. Lo Stato richiedente trasmette la sua domanda al Consiglio, che si pronuncia all'unanimità, previa consultazione della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono. Si tiene conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo». Tale premessa, secondo la Corte, «implica e giustifica l'esistenza della *fiducia reciproca* tra gli Stati membri e, in particolare, tra i loro organi giurisdizionali nel riconoscimento di tali valori su cui si fonda l'Unione, tra cui quello dello Stato di diritto, e, dunque, nel rispetto del diritto dell'Unione che li attua» (in questi termini, CGUE, sent. 24 giugno 2019, cit. punti 42 e 43 Cons. dir. Enfasi aggiunta). Occorre, tuttavia, rilevare che l'adesione fondata sulla condivisione, sul rispetto e sull'impegno a promuovere i valori dell'Unione è un atto squisitamente rimesso, per esplicita statuizione del TUE, agli attori politici dello Stato membro e delle Istituzioni europee, che ne assumono peraltro le connesse responsabilità. In parallelo, è a tali attori che va in primo luogo affidata la soluzione di eventuali fratture del "patto politico-valoriale" posto a fondamento del processo di adesione e la cui persistenza deve essere garantita, al fine di mantenere la reciproca fiducia tra gli Stati membri. Non a caso, secondo la lettura qui prospettata, l'art. 7 TUE è del tutto speculare all'art. 49 TUE, in entrambe le disposizioni facendosi esplicito richiamo ai valori di cui all'art. 2 TUE, quale condizione di "ingresso" (art. 49 TUE) e, diametralmente, di piena permanenza o di "sospensione" dall'Unione (art. 7 TUE).

Giovanni Cocco citato in apertura del presente contributo, sia rimasta prigioniera di tre grandi mistificazioni, la prima delle quali attiene al *metodo* seguito per contrastare crisi sistemiche dello Stato di diritto.

Ed infatti, non può trascurarsi che l'unico meccanismo previsto dal diritto primario dell'Unione per reagire alla violazione grave e persistente dei valori fondamentali da parte degli Stati membri sia quello disciplinato dall'art. 7 TUE, che affida interamente la gestione delle crisi sistemiche agli attori politici, con conseguente assunzione di responsabilità da parte delle Istituzioni coinvolte nella procedura *de qua*. In questa ipotesi, il ruolo della Corte di giustizia è limitato, ai sensi dell'art. 269 TFUE, ad eventuali pronunce «sulla legittimità di un atto adottato dal Consiglio europeo o dal Consiglio a norma dell'art. 7 TUE unicamente su domanda dello Stato membro oggetto di una constatazione (...) e per quanto concerne *il rispetto delle sole prescrizioni di carattere procedurale previste dal suddetto articolo*».

Nell'inibire alla Corte il sindacato sul merito delle constatazioni o delle sanzioni, quindi, i Trattati hanno segnato una linea di demarcazione abbastanza netta tra valutazione *politica* e intervento giurisdizionale nel contrasto alle aggressioni ai valori di struttura dell'Unione, così fornendo quantomeno un'indicazione di metodo da seguire nelle ipotesi di sistemiche violazioni dell'art. 2 TUE<sup>33</sup>.

Si comprende, pertanto, che la *giurisdizionalizzazione* dei meccanismi di attivazione dei "controlimiti unionali" all'esercizio di sovranità domestiche si traduca in un capovolgimento di senso dei Trattati o, se si vuole, nella "fuga" da essi. Bisogna con franchezza ammettere che nella pur oculata strategia intrapresa dalla Commissione in risposta alle aggressioni allo Stato di diritto<sup>34</sup> vi è il chiaro intento di

<sup>33</sup> Cfr. Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione*, 17 luglio 2019, COM(2019) 343 def., ove è affermato che «basandosi sul suo approccio corrente di attuazione e sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la Commissione perseguirà un approccio strategico per le procedure d'infrazione riguardanti lo Stato di diritto, esigendo ove necessario un procedimento accelerato e l'applicazione di misure provvisorie».

<sup>34</sup> Cfr. le lucide riflessioni di R. TARCHI, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 914 s., secondo il quale, «a fronte di questa evoluzione, è inevitabile constatare la debolezza dei meccanismi di controllo messi a punto dalle istituzioni sovranazionali – e in particolare dall'Unione europea – al fine di assicurare il rispetto della condizionalità democratica. Allo stato attuale, tali meccanismi sono risultati per lo più fallimentari. Se è vero che la condizionalità è stata attivata con successo "in entrata" – con la richiesta, per gli Stati candidati all'adesione, di rispettare i c.d. criteri di Copenaghen – essa è apparsa clamorosamente debole per gli Stati che erano già membri dell'Unione. C'è dunque una discrasia molto forte fra la necessità di adeguarsi a *standard* minimi di omogeneità costituzionale europea, richiesta agli Stati candidati all'adesione, e la verifica sul rispetto di questi *standard* nei confronti di Stati che sono già membri dell'UE. In questo caso, il ricorso a caratteristici strumenti di *soft law* (raccomandazioni, inviti, generiche condanne) si è finora rivelato del tutto

investire la Corte di giustizia dell'ingrato compito di fungere da camera di compensazione di un vistoso cortocircuito politico, che trova nella caotica superfetazione di atti di *soft law*, in vario modo tesi a sopperire alla mancata attivazione della procedura ex art. 7 TUE, una palpabile espressione<sup>35</sup>.

Da qui, la seconda mistificazione, che coinvolge lo strumento prescelto per rispondere, in via giurisdizionale, ai fenomeni di arretramento dallo Stato costituzionale di diritto.

L'individuazione nel ricorso per inadempimento, così come ad oggi disciplinato dall'art. 258 TFUE, di un meccanismo di reazione alle aggressioni ai valori fondamentali dell'Unione, alternativo o complementare alla procedura ex art. 7 TUE, risulta alquanto eccentrica, attesa quantomeno «la sussistenza di alcuni limiti dello strumento in sé che, (...) nella configurazione attuale, impediscono di potervi fare riferimento al fine di risolvere *in toto* situazioni nazionali di violazione sistemica dei valori enunciati dall'articolo 2 TUE. Tra questi limiti, oltre alla subordinazione della sua attivazione alla discrezionalità della Commissione- o degli Stati membri che in astratto potrebbero agire ex articolo 259 TFUE -, si individuano l'attitudine della procedura d'infrazione a sanzionare solo specifiche violazioni, la quale ostacola la gestione di una situazione d'inadempimento di carattere sistematico, nonché ad intervenire *ex post* rispetto alla violazione»<sup>36</sup>.

Differenti, inoltre, gli effetti scaturenti dalle procedure *de quibus*. La reazione politica, infatti, potrebbe determinare, ai sensi dell'art. 7, par. 3, la sospensione di alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro dai Trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro – che continuerebbe, comunque, ad

---

inefficace rispetto allo scopo di far recedere i Governi ungherese e polacco dai loro programmi di trasformazione ordinamentale. Anche nei rapporti fra questi Paesi e la Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa si nota una certa oscillazione fra occasionali dimostrazioni di buona volontà – con la soppressione o l'attenuazione di questa o quella misura controversa– e nuove fughe in avanti sulla via del *democratic backsliding*, per mezzo di riforme costituzionali o legislative. Il sistema imperniato sull'art. 7 TUE sembra bisognoso di un ripensamento, anche se fino a quando in Europa prevarranno le dinamiche intergovernative diventa difficile prendere decisioni efficaci nei confronti di Stati che sono rappresentati proprio dai governi e dai *leader* che hanno portato avanti l'arretramento dello stato costituzionale. In questo senso è doveroso constatare la tensione fra le iniziative assunte dalla Commissione o dal Parlamento europeo – come è avvenuto, rispettivamente, nel gennaio e nel settembre 2018 – e le logiche intergovernative che caratterizzano le deliberazioni del Consiglio europeo e del Consiglio».

<sup>35</sup> E. CIMADOR, op. cit., 77.

<sup>36</sup> Peraltro, nell'ipotesi in cui l'obbligo unionale sia individuato, come nel caso di specie, in uno dei valori identitari stabiliti dall'art. 2 TUE, l'attivazione del meccanismo giudiziale, senza una fattiva collaborazione dei governi e delle maggioranze parlamentari nazionali, potrebbe non sortire l'effetto perseguito, nulla escludendo che la condanna della Corte rimanga, per dir così, "lettera morta".

essere vincolato dagli obblighi generati dai Trattati – in seno al Consiglio. Dalla sentenza dichiarativa dell'inadempimento, invece, consegue un obbligo di esecuzione del *decisum* della Corte di giustizia da parte dello Stato membro, con eventuale condanna di quest'ultimo, in sede di ottemperanza ex art. 260 TFUE, al pagamento di un'*astreinte*<sup>37</sup>.

Non può, altresì, trascurarsi che l'utilizzazione del ricorso ex art. 258 TFUE per reagire a sistemiche situazioni di *rule of law backsliding* sia sorretta dall'alleanza tra Commissione e Corte di giustizia sul mero piano dell'interpretazione di specifiche disposizioni dei Trattati. Come si è visto, ad esempio, l'estensione dell'ambito di operatività del giudizio per inadempimento e, di conseguenza, del campo di intervento della Corte di giustizia è stata integralmente fondata su specifiche letture dell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE, in combinato disposto con l'art. 2 TUE, elaborate dalla Corte in precedenti pronunce rese nell'ambito di rinvii pregiudiziali d'interpretazione.

Sotto questo aspetto, giova sottolineare che le finalità di questi ultimi giudizi risultano ontologicamente lontane da quelle che, invece, caratterizzano il giudizio per inadempimento ex art. 258 TUE, non foss'altro per la diversità dei destinatari. Nell'uno, si tratta di attori giurisdizionali, ormai accomunati alla Corte da un'omogeneità di "linguaggio" e con cui è instaurata una stretta forma di collegamento – non a caso, ormai per convenzione descritta attraverso l'irenica immagine del "dialogo da giudice a giudice" – e, se si vuole, di "responsabilizzazione" dal basso, che affida ai singoli giudici domestici il compito di procedere, eventualmente, alla disapplicazione (o non applicazione) di atti interni in contrasto con il diritto dell'Unione. Nell'altro, invece, la Corte, sollecitata dalla Commissione ed estendendo di fatto il giudizio alla valutazione di conformità di un atto interno (financo di rango legislativo), impone l'adempimento del proprio *decisum*

<sup>37</sup> Profilo che diventa ancor più chiaro, se si pone mente al fatto che «quando la Corte di giustizia esercita il potere di interpretazione ultima delle disposizioni pattizie in ordine al riparto di competenza tra l'ordinamento europeo e quelli nazionali, si pronuncia indirettamente anche sulla estensione o intensità delle "limitazioni di sovranità" consentite dal dettato costituzionale nazionale: e quanto più estensiva sarà l'interpretazione delle competenze europee tanto maggiore sarà il limite posto a carico di quelle nazionali». In questi termini, O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al "pluralismo costituzionale" di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 ottobre 2019, 10, che riprende quanto già sostenuto in Id., *Meglio tardi che mai. La dottrina dei controlimiti e il caso Taricco*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 314 ss.314 ss. Per ulteriori svolgimenti in prospettiva teorica, si veda dello stesso A., *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Milano-Udine, 2019, *passim* ma in particolare 340 ss.

a soggetti politici cui è demandato l'obbligo di adeguarsi a precise interpretazioni elaborate in sedi per definizione sottratte al circuito della rappresentanza democratica, che rischiano di essere tanto percepite quanto "trasmesse" alle comunità di riferimento come "aggressioni" alla sovranità popolare (e, in ultimo, all'identità costituzionale) domestica.

In altri termini, le risposte fornite dalla Corte di giustizia all'esito di ricorsi per inadempimento strategicamente diretti a frenare gli scollamenti dal valore dello Stato di diritto non rappresentano mere espressioni di potere giurisdizionale, ma assumono anch'esse valenza inevitabilmente politica.

Una *politica*, tuttavia, per definizione "aristocratica", che potrebbe marcare ancor più distanze che, in teoria, vorrebbe colmare<sup>38</sup>.

A tale aspetto si ricollega la terza mistificazione presente nel dibattito sulla tutela dello Stato di diritto nell'Unione.

Se da un lato, infatti, il ruolo apicale finora assunto dalla Corte di giustizia nelle azioni di contrasto alle aggressioni ai valori fondamentali dell'Unione denota l'estrema debolezza del tessuto politico europeo, dall'altro, deve evidenziarsi che l'opzione di *giurisdizionalizzare* un conflitto quasi per definizione politico è essa stessa una scelta di carattere politico, che rischia di riverberarsi, a sua volta, su natura e funzioni dell'organo di giustizia, elevato a sede di mediazione pur essendo privo di qualunque legittimazione democratica. Sotto questo profilo, il ricorso per inadempimento ex art. 258 TFUE al dichiarato fine di indurre lo Stato dissidente al rispetto dei valori identitari dell'Unione rischia di sortire effetti contrari a quelli sperati, in quanto può esporre la Corte di giustizia alle critiche *antielitiste*, che caratterizzano spesso il c.d. "fenomeno populista"<sup>39</sup>, contribuendo ad alimentare il vento dell'euroscetticismo che spira forte in molti Paesi membri<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Nella vasta letteratura sull'argomento, cfr. le lucide riflessioni di L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in Rivista AIC, 3, 2018, 515 ss.; nonché, più nello specifico, L. CORSO, *Giudici e populismo. Uno sguardo all'America (e non solo)*, in *Questione giustizia*, 1, 2019.

<sup>39</sup> Basti pensare alle dichiarazioni rese, all'indomani della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea del 24 giugno 2019 dal ministro della cancelleria del Presidente polacco, Andrzej Dera, secondo cui «il pronunciamento del Tribunale Ue non ha alcun valore giuridico. Non cerchiamo il conflitto ma si tratta di un'ingerenza troppo grande in questioni che non sono regolate dal trattato Ue» (ne dà notizia, tra gli altri, G. SEDIA, *Giustizia, la Polonia reagisce alla sentenza della Corte europea: «È un'ingerenza»*, ne *Il manifesto* del 26 giugno 2019).

Del resto, che la pronuncia della Corte di giustizia non abbia sortito alcun effetto sul versante politico domestico, è confermato dai risultati delle elezioni politiche tenutesi in Polonia nell'ottobre 2019 e nelle quali il partito "populista" di centro-destra *Diritto e giustizia* è uscito ulteriormente rafforzato, ottenendo il 43,6% dei consensi.

<sup>40</sup> G. COCCO, *Itinerario di un'Europa incompiuta*, cit., 379.

Nel rilevare le predette criticità non si intende assegnare al giudice dell'Unione posizione marginale nel contrasto ai fenomeni di *rule of law backsliding*. Né si vuol negare l'esistenza di un "cuore costituzionale" europeo, formalmente delineato dalla piattaforma valoriale dell'art. 2 TUE e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Più semplicemente, si ritiene che la tendenza a *spoliticizzare* (solo in apparenza) i conflitti sullo Stato di diritto e a neutralizzarli in sede giudiziaria contribuisca a rafforzare l'illusione di un processo d'integrazione da affidare, per lo più, alle spuntate armi della giurisprudenza.

Ed infatti, «basare ancora l'avanzamento del sistema europeo esclusivamente sul ruolo della Corte di giustizia e, per quanto di competenza, della Commissione, in una parola, sull'attività di istituzioni, prive di una vera legittimazione democratica»<sup>41</sup> è strada destinata a condurre ad esiti diversi da quelli attesi<sup>42</sup>.

L'idea che pare emergere dalle singole iniziative giudiziarie ad oggi intraprese dalla Commissione a tutela della *rule of law* è quella dell'azione promossa *contro* qualcuno, piuttosto che *per* qualcosa, finendo così per frammentare e rendere casistico il discorso pubblico sulla tenuta dei valori fondamentali; questione che non interessa singoli Stati membri ma che, per definizione, si traduce in un aspetto di cruciale importanza per l'esistenza stessa dell'Unione.

<sup>41</sup> Sotto questo profilo, potrebbe individuarsi una quarta mistificazione, su cui non è qui possibile indugiare, destinata a precedere logicamente tutte le altre esposte nel testo. Si tratta della suggestiva, ma non convincente, "dicotomia europea della custodia", per la quale se la Commissione è "*custode dei Trattati*", la Corte di giustizia, invece, lo è "*dell'interpretazione dei Trattati e del diritto europeo*". La questione - a ben vedere - non è meramente linguistica, ma sottende precise visioni ideologiche nella delineazione del sistema europeo dei poteri. A rigore, qualora si intendesse riconoscere il crisma della costituzionalità tanto all'ordinamento quanto al diritto europeo, occorrerebbe quantomeno abbandonare l'idea stessa dell'esistenza di custodi istituzionalmente individuati. Più corretto, semmai ragionare in termini di diffusione orizzontale della "custodia", incombendo su tutti gli attori politici, giurisdizionali e sociali dell'Unione l'onere di "custodire" il diritto europeo e di garantirne la corretta applicazione. Così, ad esempio, in prospettiva *de iure condendo* e nel quadro di un radicale ripensamento dei meccanismi di reazione alle violazioni sistemiche dei valori dell'Unione, dovrebbe essere ridefinita la struttura del giudizio per inadempimento ex art. 258 TFUE, includendo tra i soggetti legittimati ad agire anche il Parlamento europeo, quale organo immediatamente rappresentativo dei cittadini dell'Unione e del loro interesse al pieno rispetto, *inter alia*, dei valori comuni.

<sup>42</sup> Sul tema, la letteratura è assai vasta. Per tutti, cfr. le convincenti riflessioni svolte da G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi: uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, *passim*, il quale insiste sulla necessità di dare una più robusta legittimazione democratica all'esercizio del potere in ambito europeo, quale contrappeso alle rinunce alle sovranità statali.

Improcrastinabile, pertanto, l'esigenza di porre il problema dello Stato di diritto al centro di una politica europea davvero democratica e "coinvolgente"<sup>43</sup>, che trovi primariamente nel Parlamento la sede naturale di ricomposizione del patto, su cui l'Unione si fonda, di reciproca fiducia tra gli Stati<sup>44</sup>.

È questo, in definitiva, il disincanto con cui Giovanni Cocco osserva gli sviluppi del processo di integrazione europea, nella consapevolezza che nessun "cuore costituzionale" possa realmente battere se non accompagnato da un corpo sociale disponibile a sorreggerlo<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Su questo profilo, insiste particolarmente G. COCCO, *Itinerario di un'Europa incompiuta* 381, il quale dopo aver sottolineato l'importanza di istituzionalizzare la comunicazione civica, ritiene che «l'assetto istituzionale europeo che ha visto convivere (con andamenti via via diversi a seconda delle diverse epoche) l'istanza funzionalista, l'istanza intergovernativa e l'istanza parlamentare debba essere progressivamente superato a favore di un deciso rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo. Organo che ha il pregio di possedere e vedersi riconosciuta la peculiare funzione di canale della legittimazione democratica del processo politico europeo, essendo l'unico la cui rappresentatività può essere riferita direttamente ai cittadini dell'Unione. Puntando sulla sua centralità si dovrebbe superare l'annosa questione del deficit democratico, facendo sì che, agli occhi di tutti, la rappresentazione delle istituzioni europee perda i connotati di un apparato prettamente tecnico-economico e avulso da loro. Al contempo, si riuscirebbe a intestare più saldamente in capo a un organo, democraticamente eletto e che si vuole apertamente dialogante con i parlamenti nazionali, la funzione di indirizzo e di controllo politico dell'intero sistema».

<sup>44</sup> Ed infatti, come ben messo in rilievo da G. COCCO, *Itinerario di un'Europa incompiuta*, 383 «la formazione di una volontà democratica non è un fatto di natura, ma un elemento che si suscita e che – nell'ambito di un processo circolare che tende a far lievitare i reciproci effetti – entra in azione soltanto a partire dall'istituzionalizzazione giuridica della comunicazione civica. Questo cambio di passo non può derivare da un'evoluzione interna dell'Unione europea o sull'onda di eventi esterni, bensì da un atto politico forte, compiuto appositamente dai *leaders* politici nazionali che si adoperino per mobilitare e coinvolgere i cittadini a favore della loro scelta. La loro legittimazione deriva appunto dal convincere le menti e i cuori a favore di questo progetto».

<sup>45</sup> Assegnista di ricerca in diritto amministrativo. Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

# IL D.L. N. 76/2020 NEL PROCESSO DI ATTUAZIONE DEL PIANO NAZIONALE INTEGRATO PER L'ENERGIA E IL CLIMA

Laura Pergolizzi\*

**ABSTRACT** [ITA]: Lo scritto analizza le disposizioni del d.l. n. 76/2020 che si occupano del Piano nazionale integrato per l'energia ed il clima (PNIEC), al fine di enucleare alcuni aspetti peculiari che, sotto il profilo della semplificazione procedimentale in materia ambientale, ne connotano la formulazione. Sotto un diverso piano, ci si interrogherà sulle ragioni per le quali il d.l. n. 76/2020 si sia occupato del PNIEC, prendendone in considerazione il ruolo strategico nel quadro degli interventi che, con riferimento alla produzione di energie rinnovabili, nella prospettiva dello sviluppo sostenibile, sono stati stimolati dal contesto europeo, specie a seguito della diffusione della pandemia da Covid - 19.

**ABSTRACT** [ENG]: *This paper concerns the provisions of Legislative Decree No. 76/2020 related to Integrated National energy and climate plan (INECP), in order to highlight some specific aspects that, in terms of simplification of administrative procedures in environmental matters, characterize their formulation. From a different point of view, this paper discusses the reason why Legislative Decree No. 76/2020 covered the INECP, taking into account its strategic role in the legal framework of tools that, with reference to the production of renewable energies, in the perspective of sustainable development, were encouraged by the context of EU law, particularly due to Covid - 19 pandemic outbreak.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. – **2.** Il d.l. n. 76/2020 nel processo di attuazione del PNIEC. – **3.** Osservazioni a prima lettura.

---

\*L. AMMANATI, *La transizione energetica nell'Unione Europea. Il nuovo modello di governance*, in G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del Diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, 11; EAD., *Le politiche di efficienza - energetica nel quadro del pacchetto europeo clima-energia*, in *Amministrazione in cammino*, 16 maggio 2013, 1.

## 1. Premessa.

Il d.l. n. 76/2020, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale” convertito, con modificazioni, dalla l. n. 120/2020, dedica un intero titolo, il quarto, alle “Semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e *green economy*”, nel cui ambito si inseriscono alcune disposizioni che riguardano il Piano Nazionale integrato per l’energia ed il clima (PNIEC).

Come noto, l’adozione di un Piano integrato per l’energia ed il clima da parte di ciascun singolo Stato membro dell’Unione europea rappresenta uno strumento chiave per il perseguimento degli ambiziosi, ed ormai centrali<sup>1</sup>, obiettivi in materia<sup>2</sup> che, nel solco della prospettiva tracciata dal Protocollo di Kyoto (1997) e dagli accordi di Parigi (2015)<sup>3</sup>, sono stati fissati dal *Clean energy package*<sup>4</sup> (2018-2019) e,

<sup>1</sup> M. A. SANDULLI, *Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*, *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2019, 4, 291; Cfr. G. DE MAIO, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *www.federalismi.it* 2019, 8, 3-4; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO (a cura di), *Diritto ambientale: profili internazionali, europei e comparati*, 2017, 70 ss.; M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull’Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2017, 3, 719, S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all’accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2016, 1, 81 ss; S. QUADRI, *Energia sostenibile. Diritto internazionale, dell’Unione europea e interno*, Torino, 2012, 46 e ss.

<sup>2</sup> L’Accordo di Parigi (2015) rappresenta un importante momento di passaggio e di evoluzione rispetto al Protocollo di Kyoto (1997). Quest’ultimo, adottato sulla base dello stimolo dell’allarme diffusamente lanciato dagli scienziati negli anni Ottanta, ha il merito di inaugurare «un nuovo modo di definire e concepire la politica energetica, specialmente per quanto concerne gli aspetti di efficienza e incremento delle fonti rinnovabili». Con il proposito di «contenere le emissioni di gas responsabili dell’effetto serra, in modo da stabilizzarne la concentrazione nell’atmosfera a livelli non pericolosi per l’equilibrio climatico del pianeta», si è previsto che i paesi industrializzati, nel periodo tra il 2008 e il 2012, procedessero ad una progressiva riduzione delle emissioni di gas serra in misura del 5% al di sotto dei livelli del 1999. Tra le numerose Conferenze ad esso successive, l’Accordo di Parigi è il più rilevante sul piano del cammino verso la decarbonizzazione, dimostrando una spiccata capacità di adeguamento alle esigenze del tempo delle misure già introdotte dal Protocollo di Kyoto al fin di risolvere il problema del cambiamento del clima. In particolare, tra le altre misure apprestate, **l’accordo di Parigi stabilisce un quadro globale per evitare pericolosi cambiamenti climatici limitando il riscaldamento globale ben al di sotto dei 2°C e proseguendo con gli sforzi per limitarlo a 1,5°C**. Inoltre, pone l’obiettivo di rafforzamento della capacità dei paesi di affrontare gli impatti dei cambiamenti climatici e a sostenerli nei loro sforzi. Il 5 ottobre 2016 l’Unione europea ha formalmente ratificato l’Accordo, che è entrato in vigore il 4 novembre 2016. Cfr. G. DE MAIO, *Cambiamento climatico*, cit., 3-4.

<sup>3</sup> L. AMMANNATI, *La transizione dell’Unione Europea verso un nuovo modello energetico eco-sostenibile tra scelte politiche, regolazione e dinamiche di mercato*, in *Energia, ambiente ed innovazione*, n. 2018, 2, 86 e ss.; M. DE FOCATIIS, *Il Clean Energy for all Europeans*, in G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del Diritto dell’energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, 39 ss.

<sup>4</sup> Il PNIEC si pone in linea di continuità con alcuni “pregressi” strumenti di semplificazione, finalizzati all’identificazione di obiettivi, politiche e misure funzionali a migliorare la sostenibilità ambientale, la sicurezza e l’accessibilità dei costi dell’energia che erano già stati adottati in passato nell’ambito del nostro ordinamento: tra questi, si ricorda la nuova Strategia Energetica Nazionale (SEN), adottata con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico e del Ministro dell’Ambiente e della tutela del territorio e del Mare, il 10 novembre 2017 e, ancor prima, la Strategia Nazionale di Adattamento ai cambiamenti climatici, adottata con decreto del Ministero dell’ambiente il 16 giugno 2015.

successivamente, dalla comunicazione sul *Green Deal* (2020)<sup>5</sup>. A tale stregua, il PNIEC, pubblicato nel gennaio di quest'anno dal Ministero dello Sviluppo Economico<sup>6</sup>, e recentemente sottoposto a valutazione da parte della Commissione europea<sup>7</sup>, si pone la finalità di «concorrere a un'ampia trasformazione dell'economia», che assicuri la piena sostenibilità ambientale, sociale ed economica del territorio nazionale<sup>8</sup>.

Facendo ricorso all'«approccio olistico proposto a livello dell'ordinamento europeo», il PNIEC mira a una strategia organica e sinergica sulle cinque dimensioni dell'energia, vale a dire *il taglio delle emissioni di gas serra, l'efficienza energetica, la sicurezza energetica, il mercato unico dell'energia, l'innovazione e la competitività*<sup>9</sup>. La scelta

<sup>5</sup> Il Ministero dello Sviluppo economico ha predisposto il contenuto del PNIEC di concerto con il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

<sup>6</sup> EUROPEAN COMMISSION, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Assessment of the final national energy and climate plan of Italy*, Brussels, 14.10.2020 SWD (2020) 911 final.

<sup>7</sup> Per un inquadramento del tema dello sviluppo sostenibile e delle più rilevanti questioni connesse Cfr. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2010, 13.

<sup>8</sup> Cfr. F. CIMBALI, *Tutela preventiva degli interessi ambientali e valutazione sopraggiunta degli impatti*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2019, 3, 241, ove l'Autore mette in evidenza come sia la particolarità dei contenuti e degli interessi sottesi all'ambiente, nonché alla interconnessione con altri settori, ad imporre un approccio conoscitivo di «tipo olistico» che ne consideri la totalità delle componenti costitutive, il cui mutamento, anche solo parziale, può causare una «alterazione del complessivo equilibrio realizzato minando, conseguentemente, la compatibilità degli interventi da compiere con la salvaguardia dell'ambiente».

<sup>9</sup> Cfr. pagina *web* di presentazione del PNIEC, disponibile al sito [www.mise.gov](http://www.mise.gov). Occorre, a tal proposito, ricordare che la Direttiva (UE) 2018/844 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 che modifica la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia e la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, è stata attuata dal d.lgs. 10 giugno 2020, n. 48. La Direttiva 2018/2002, fissa il termine per il recepimento da parte degli Stati membri il 25 giugno 2020 (art. 3). Fanno eccezione le disposizioni (contenute sia nell'articolato che negli allegati) di tutela dei consumatori, per le quali invece è fissato il termine del 25 ottobre 2020. Allo stato, è stato predisposto lo schema di decreto legislativo recante l'attuazione della Direttiva 2018/2002/UE. Con riferimento alla Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili DIRETTIVA (UE) 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, si ricorda che l'articolo 36 (Recepimento) prevede, al Par. 1., che «Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi agli articoli da 2 a 13, agli articoli da 15 a 31, all'articolo 37 e agli allegati II, III e da V a IX entro il 30 giugno 2021». La direttiva è indicata nell'ambito delle 33 direttive europee oggetto della legge di delegazione europea il cui disegno di legge è stato approvato in esame definitivo il 23 gennaio 2020 dopo essere stato approvato in via preliminare il 12 dicembre 2019. Il relativo testo ha iniziato il 3 marzo 2020 il suo esame al Senato. La Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE prevede, al suo articolo 71, par. 1 che: «Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi agli articoli da 2 a 5, all'articolo 6, paragrafi 2 e 3, all'articolo 7, paragrafo 1, all'articolo 8, paragrafo 2, lettere j) e l), all'articolo 9, paragrafo 2, all'articolo 10, paragrafi da 2 a 12, agli articoli da 11 a 24, agli articoli 26, 28 e 29, agli articoli da 31 a 34, all'articolo 36, all'articolo 38, paragrafo 2, agli articoli 40 e 42, all'articolo 46, paragrafo 2, lettera d), agli articoli 51 e 54, agli articoli da 57 a 59 e da 61 a 63, all'articolo 70, punti da 1 a 3, all'articolo 70, punto 5, lettera b), e all'articolo 70, punto 6, e agli allegati I e II entro il 31 dicembre 2020. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni. Tuttavia, gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e

di tale approccio è giustificata dall'esigenza di bilanciamento fra eterogenee e contrapposte finalità, la cui soddisfazione passa attraverso lo sviluppo e la realizzazione di "un'azione integrata" delineata dal Piano.

A tal scopo, il Piano «suggerisce» a fianco delle misure settoriali, relative alle specifiche azioni rilevanti, quelle orizzontali, aventi natura organizzativa. In particolare, si afferma che «verrà istituito», quale «sede tecnica stabile di confronto», l'Osservatorio PNIEC, destinato ad assorbire l'esistente Osservatorio rinnovabili, indicandone in modo dettagliato la composizione (Ministeri proponenti il PNIEC e una rappresentanza delle Regioni indicata dal Coordinamento Energia ed Ambiente della Conferenza Stato Regioni, da ANCI, dal GSE e dall'ISPRA) e le funzioni, nel cui ambito si annoverano: la garanzia di confronti tecnici evoluti in merito all'effettiva implementazione del Piano e del monitoraggio della sua attuazione, preliminari alle procedure che si espletano in sede di Conferenza Stato Regioni o Unificata; la condivisione delle necessarie correzioni evolutive del PNIEC in fase attuativa; la definizione di norme attuative e decreti di recepimento e direttive europee in materia; la «riforma semplificatoria delle procedure autorizzative»; il monitoraggio dello stato di avanzamento degli obiettivi del piano. Secondo quanto prospettato dal Ministero dello Sviluppo Economico, l'attuazione del PNIEC sarà «assicurata» per il tramite dell'adozione dei decreti legislativi di recepimento delle direttive europee in materia di efficienza energetica, di fonti rinnovabili e di mercati dell'elettricità e del gas<sup>10</sup>.

Come meglio si vedrà, il d.l. n. 76/2020 ha, in parte, "anticipato" i processi evolutivi poc'anzi prospettati ed in attesa di essere completati<sup>11</sup>.

## 2. Il d.l. n. 76/2020 nel processo di attuazione del PNIEC.

Il d.l. n. 76/2020, come convertito con l. n. 120/2020, contiene alcune disposizioni la cui formulazione fa un espresso riferimento al PNIEC ed altre, che pur non occupandosi in modo diretto del PNIEC, finiscono comunque per incidere sul relativo processo di attuazione.

---

amministrative necessarie per conformarsi: a) all'articolo 70, punto 5, lettera a), entro il 31 dicembre 2019; b) all'articolo 70, punto 4, entro il 25 ottobre 2020».

<sup>10</sup> Il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 viene adottato a distanza di poco tempo dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34 recante "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19". c.d. "decreto rilancio" convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77. Quest'ultimo, a differenza del primo, non introduce delle misure direttamente incidenti sull'attuazione del PNIEC, ma una serie di misure di carattere economico finanziario che hanno delle ricadute indirette sulla tutela ambientale, tra le quali l'art. 41 sui c.d. "certificati bianchi" e l'art. 119 sulle "misure fiscali" a sostegno dell'efficienza energetica.

<sup>11</sup> Cfr. art. 7 - bis, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006.

Nell'ambito della prima categoria di misure, meritano una particolare attenzione quelle introdotte dall'art. 50 del citato d.l., rubricato "Razionalizzazione delle procedure di valutazione dell'impatto ambientale", di cui al titolo IV ("Semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e green economy"), capo II ("Semplificazioni in materia ambientale").

Per il tramite di alcune modifiche al d.lgs. n. 152/2006, la norma, da un lato, delinea l'iter procedurale necessario per l'individuazione dei progetti funzionali all'attuazione del PNIEC, dall'altro, introduce una struttura organizzativa ad *hoc* per la relativa valutazione di impatto ambientale.

Con riferimento al primo profilo, viene formulato il "nuovo" comma 2 dell'art. 7-*bis* del d.lgs. n. 152/2006, il quale dispone che, entro centoventi giorni dalla relativa data di entrata in vigore, le tipologie di progetti e le opere necessarie per l'attuazione del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima, sono individuate, mediante uno o più decreti, successivamente aggiornati, ove necessario, con cadenza semestrale, dal Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, del Ministro dello sviluppo economico, del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano. Lo stesso meccanismo procedurale viene preposto anche ai fini dell'individuazione delle aree "non idonee" alla realizzazione dei progetti o delle opere in questione, tenendo conto delle caratteristiche del territorio, sociali, industriali, urbanistiche, paesaggistiche e morfologiche, con particolare riferimento all'assetto idrogeologico e alle vigenti pianificazioni, nonché prendendo in considerazione le aree sia a terra che a mare caratterizzate dalla presenza di siti inquinati di interesse nazionale (SIN) da bonificare ovvero ad esse limitrofe<sup>12</sup>.

Inoltre, in virtù di una integrazione al d.l. n. 76/2020 introdotta durante l'esame al Senato, l'individuazione delle aree interessate dalle opere necessarie per l'attuazione del PNIEC viene parametrata al rispetto di una serie di esigenze particolarmente stringenti, che coinvolgono anche la mitigazione degli effetti dei cambiamenti climatici, tenuto conto dei suoli degradati le cui funzioni ecosistemiche risultano pregiudicate in modo irreversibile e definitivo<sup>13</sup> e occorrendo, comunque, privilegiare, ove possibile, l'utilizzo di superfici di strutture edificate, comprese le piattaforme petrolifere in disuso<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Art. 7-*bis*, comma 2-*ter*, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>13</sup> Art. 7-*bis*, comma 2-*quater*, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>14</sup> Art. 8, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 152/2006, secondo il quale i componenti della Commissione Tecnica PNIEC sono nominati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 7-*bis*, comma 2-*bis* del medesimo d.lgs.

Quanto al secondo profilo, lo svolgimento della procedura di valutazione di impatto ambientale viene attratto nell'alveo della competenza statale ed affidato ad una specifica Commissione tecnica, denominata "Commissione Tecnica PNIEC", la cui costituzione è subordinata all'individuazione dei progetti attuativi del PNIEC<sup>15</sup>. Attesa la potenziale rilevanza di tale ultima modifica, sia in termini organizzativi che funzionali, si ritiene possa essere interessante esaminare il rapporto che intercorre tra la Commissione tecnica PNIEC e la Commissione che ordinariamente si occupa di valutazione ambientale in sede statale (d'ora in poi, Commissione)<sup>16</sup>.

Occorre, preliminarmente, specificare che – per espressa previsione normativa – la composizione della Commissione tecnica PNIEC è diversa dalla Commissione, in quanto «i componenti nominati nella Commissione Tecnica PNIEC non possono far parte della Commissione»<sup>17</sup>.

Ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 152/2006, la Commissione consta di un numero massimo di «quaranta commissari, inclusi il Presidente e il Segretario» ed è posta alle dipendenze funzionali del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. La Commissione tecnica PNIEC è formata, invece, da un «numero massimo di venti unità», ma è anch'essa posta alle dipendenze funzionali del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

I membri della Commissione sono scelti «tra professori o ricercatori universitari», tra il personale di cui agli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 165/2001, ivi compreso quello appartenente ad enti di ricerca, al Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente, all'Istituto superiore di sanità ovvero tra soggetti anche estranei alla pubblica amministrazione, provvisti del diploma di laurea di vecchio ordinamento, di laurea specialistica o magistrale, con adeguata esperienza professionale di almeno cinque anni, all'atto della nomina<sup>18</sup>.

I componenti della Commissione Tecnica PNIEC devono, invece, essere in possesso di laurea specialistica o magistrale ovvero del diploma di laurea, con almeno cinque anni di esperienza professionale e con competenze adeguate alla

---

<sup>15</sup> In tema di VIA, si rinvia, tra gli altri, a M. CALABRÒ, *Diritto dell'ambiente*, in M.R. SPASIANO, M. CALABRÒ, G. MARI, F. GAMBARDELLA, P. TANDA, A.G. PIETROSANTI, *Fondamenti di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile*, Napoli, 2020, 290; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 73; M. CALABRÒ, L. GIANI, *Diritto dell'ambiente*, in A. POLICE, M. R. SPASIANO (a cura di), *Manuale di governo del territorio*, Torino, 2016, 275 ss.; A. MILONE, *Le valutazioni ambientali* in A. CROSETTI, R. FERRARA, C. E. GALLO, S. GRASSI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Tomo II, Milano, 2014, 135. A. POLICE, *La valutazione di impatto ambientale*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, *Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013, 527 ss.; R. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale*, in R. FERRARA, G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, Padova, 2010, 727 ss.

<sup>16</sup> Art. 8, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>17</sup> Art. 8, comma 2, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>18</sup> Art. 8, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006.

valutazione tecnica ed ambientale dei predetti progetti, individuate in base all'art. 17, comma 14, della l. n. 127/1997, tra il personale di ruolo del CNR, del Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente, dell'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile e dell'Istituto Superiore di Sanità<sup>19</sup>.

Nella sede dell'istruttoria tecnica, sia la Commissione sia la Commissione tecnica PNIEC possono avvalersi, tramite appositi protocolli d'intesa, del Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente. Soltanto nella sede della disciplina che regola l'attività della Commissione viene, tuttavia, specificato che «per i procedimenti per i quali sia riconosciuto un concorrente interesse regionale, all'attività istruttoria partecipa un esperto designato dalle Regioni e dalle Province autonome interessate, individuato secondo la specifica disciplina di riferimento»<sup>20</sup>.

La modalità di nomina dei membri coincide per entrambe le Commissioni. In entrambi i casi i commissari sono nominati dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, senza obbligo di procedura concorsuale e con determinazione motivata esclusivamente in ordine al possesso da parte dei prescelti dei necessari requisiti di comprovata professionalità e competenza nelle materie ambientali, economiche, giuridiche e di sanità pubblica, garantendo il rispetto del principio dell'equilibrio di genere<sup>21</sup>. Anche la durata dell'incarico coincide per entrambe le Commissioni ed è fissata «a quattro anni, rinnovabile una sola volta»<sup>22</sup>. Inoltre, entrambe le Commissioni, «al fine di assicurare il necessario supporto tecnico e giuridico», si avvalgono del «Comitato tecnico istruttorio» posto alle dipendenze

---

<sup>19</sup> Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>20</sup> Cfr. art. 8, comma 2, d.lgs. 152/2006 dedicato alle modalità di nomina dei commissari della Commissione, al quale fa richiamo il comma 2 bis del medesimo articolo, secondo il quale: «I componenti della Commissione Tecnica PNIEC sono nominati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare secondo le modalità di cui al comma 2, secondo periodo».

<sup>21</sup> Art. 8, comma 2, d.lgs. n. 152/2006; art. 8, comma 2 - bis, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>22</sup> Art. 8, comma 3, d.lgs. n. 152/2006, il Comitato tecnico istruttorio è formato da trenta unità di personale pubblico con almeno cinque anni di anzianità di servizio nella pubblica amministrazione ed esperienza professionale e competenze adeguate ai profili individuati, e collocato in posizione di comando, distacco, fuori ruolo o analoga posizione prevista dall'ordinamento di appartenenza, ai sensi dell'articolo 17, comma 14, della legge 15 maggio 1997, n. 127», che vengono nominati dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e individuati tra gli appartenenti ad Amministrazioni pubbliche, al Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente, all'ENEA, ad altri Enti di ricerca, nonché, per lo svolgimento delle attività istruttorie in materia di impatto sanitario, sino a sei unità designate dal Ministro della salute. I componenti del Comitato restano in carica cinque anni e sono rinominabili per una sola volta» Cfr. anche art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 152/2006: «Con uno o più decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentiti il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro della salute, sono stabilite per i profili di rispettiva competenza l'articolazione, l'organizzazione, le modalità di funzionamento e la disciplina delle situazioni di inconfiribilità, incompatibilità e conflitto di interessi anche potenziale della Commissione e della Commissione tecnica PNIEC e del Comitato tecnico istruttorio».

funzionali del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, come delineato dal comma 3 dell'art. 8 del d.lgs. n. 152/2006<sup>23</sup>.

Ai commissari della Commissione, ferme restando alcune specificazioni riguardanti coloro i quali provengano dalle amministrazioni pubbliche, spetta il "compenso" esclusivamente in ragione dei compiti istruttori effettivamente svolti e solo a seguito dell'adozione del relativo provvedimento finale. Ai commissari della Commissione tecnica PNIEC spetta, invece, una "indennità aggiuntiva" (anche in questo caso) esclusivamente in ragione dei compiti istruttori effettivamente svolti e solo a seguito dell'adozione del relativo provvedimento finale<sup>24</sup>.

Sotto il profilo funzionale, la Commissione opera con le modalità previste dal d.lgs. n. 152/2006, articoli 20 ("Verifica di assoggettabilità"), 21 ("Definizione dei contenuti dello studio di impatto ambientale"), 23 ("Presentazione dell'istanza"), 24 ("Consultazione") dai commi 1, 2- bis, 3, 4, 5, 6 e 7, 25 ("Valutazione dello studio di impatto ambientale e degli esiti della consultazione") e 27 ("Informazione sulla decisione")<sup>25</sup>.

Ebbene, ad una prima analisi comparativa delle due Commissioni, non è agevole inquadrare con precisione la *ratio* sottesa all'istituzione di una nuova Commissione in materia di valutazione di impatto ambientale. È stato affermato che la Commissione Tecnica si andrebbe ad "affiancare" alla Commissione<sup>26</sup>, ma dal tenore della

<sup>23</sup> Cfr. art. 8, comma 5, d.lgs. n. 152/2006, il quale dispone che: «a decorrere dall'anno 2017, con decreto annuale del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono definiti i costi di funzionamento della Commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale e della Commissione tecnica PNIEC e del Comitato tecnico istruttorio, comprensivi dei compensi per i relativi componenti», in misura complessivamente non superiore all'ammontare delle tariffe di cui all'articolo 33 del d.lgs. n. 152/2006, che sono «versate all'entrata del bilancio dello Stato nell'anno precedente, senza che ne derivino nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica». Inoltre, «compensi sono stabiliti proporzionalmente alle responsabilità di ciascun membro della Commissione e della Commissione tecnica PNIEC e del Comitato e in ragione dei compiti istruttori effettivamente svolti, fermo restando che gli oneri relativi al trattamento economico fondamentale del personale di cui al comma 3 restano in carico all'amministrazione di appartenenza». Il regime giuridico che regola la definizione del "compenso" dei commissari della Commissione e della "indennità aggiuntiva" dei commissari della Commissione tecnica PNIEC è definito sulla base delle stesse modalità, che sono fissate dal comma 5, art. 8, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>24</sup> Art. 8, comma 2-bis, del d.lgs. n. 152/2006.

<sup>25</sup> Documentazione dei Servizi e degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, vol. II, 6 settembre 2020, 245 ss.

<sup>26</sup> Il "disegno" del legislatore, volto alla realizzazione di un regime giuridico speciale ed in deroga per l'attuazione degli obiettivi del PNIEC, sembra essere ancora più ampio di quello appena descritto, fino ad estendersi anche a contesti diversi da quello della semplificazione in materia ambientale e ricomprendere anche alcune deroghe alle regole generali della gara. Si prenda in considerazione, nell'ambito del d.l. n. 76/2020, l'art. 2, recante "Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia", ove, al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del Covid-19, vengono applicate regole speciali per le procedure di affidamento e la disciplina dell'esecuzione del contratto relative alle procedure ad evidenza pubblica la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31

disciplina (seppur scarna) non sembra potersi desumere alcuna forma di collaborazione (affiancamento) tra i due organi. La relazione illustrativa al d.l. n. 76/2020 fa cenno al fatto che la scelta in questione sarebbe motivata dalla necessità di garantire uniformità e speditezza ai procedimenti relativi ai progetti per l'attuazione del "PNIEC" «senza gravare ulteriormente sulle attività in capo all'attuale Commissione Tecnica di Verifica dell'Impatto Ambientale».

Orbene, come già è emerso, il "funzionamento" della Commissione tecnica PNIEC poggia sulle stesse regole dedicate al funzionamento della Commissione. Per il resto, gli elementi che consentono di operare una distinzione tra le due Commissioni sono piuttosto limitati. I più evidenti riguardano il numero dei componenti (che varia dal numero di quaranta della Commissione al numero di venti della Commissione tecnica PNIEC), ed alcuni tra i titoli di studio ed i requisiti professionali richiesti (ad esempio, quanto alla scelta dei componenti della Commissione tecnica PNIEC, a differenza di quanto avviene in relazione alla scelta dei componenti della Commissione, la disciplina speciale non fa un riferimento espresso ai professori universitari ed ai ricercatori. Viceversa, introduce un riferimento ai dipendenti dell'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile).

Appare, pertanto, legittimo chiedersi se, ed in quale misura, il modello della Commissione tecnica PNIEC, così come delineato, possa rappresentare una soluzione organizzativa più rispondente ai canoni della semplificazione e del buon andamento rispetto al modello della Commissione e non, come invece sembrerebbe, rappresentare piuttosto una ingiustificata duplicazione di organi già operanti (con contestuale effetto di "disorientamento"), la cui efficienza ed efficacia (tra l'altro) non sembra essere affatto messa in discussione<sup>27</sup>.

Nel proseguire l'esame della riforma, si rileva che come già osservato, il d.l. n. 76/2020 contiene ulteriori misure che, pur non facendo un espresso riferimento al

---

dicembre 2021. In tali casi «salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di sei mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento». Dunque, tanto, premesso, la norma in commento dispone che, per la realizzazione sia della maggior parte delle opere pubbliche (relative ai settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, tra le altre), nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del PNIEC e per i contratti relativi o collegati ad essi, le stazioni appaltanti, «per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto».

<sup>27</sup> Cfr. Documentazione dei Servizi e degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, vol. II, 6 settembre 2020, 245 ss.

PNIEC, hanno delle potenziali ricadute indirette sul processo di attuazione dello stesso. Si tratta di un ampio compendio di misure, la cui analisi approfondita esula dal tenore del presente contributo. In questa sede, ci si limiterà a concentrarsi su quelle disposizioni più utili ai nostri fini, vale a dire quelle relative al rapporto tra semplificazione e ambiente, in particolare con riferimento alle procedure amministrative in materia di fonti rinnovabili.

Tra queste misure, figurano quelle introdotte dall'art. 56 recante "Disposizioni di semplificazione in materia di interventi su progetti o impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile e di taluni nuovi impianti, nonché di spalma incentivi", di cui al titolo IV ("Semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e *green economy*"), capo III ("Semplificazioni in materia di *green economy*") del d.l. n. 76/2020.

La norma in commento determina un significativo ampliamento del campo di applicazione degli interventi soggetti al regime delle autorizzazioni uniche di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, includendovi, oltre la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, anche «gli interventi consistenti in demolizione di manufatti o in interventi di ripristino ambientale, occorrenti per la riqualificazione delle aree di insediamento degli impianti» (comma 2). A ciò si aggiunga che gli impianti di accumulo elettrico connessi ad impianti di produzione di energia elettrica vengono classificati come "opere connesse" ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 (comma 2 - *bis*). E ciò con il «fine esplicito di semplificare le procedure autorizzative e poter usufruire di una disciplina più favorevole alla effettiva diffusione dei predetti impianti»<sup>28</sup>.

Sebbene non espressamente specificato dalla norma, è la relazione illustrativa al decreto legge a mettere in evidenza come l'opera di semplificazione delle procedure amministrative preposte alla realizzazione di impianti di produzione di fonti rinnovabili introdotte dalla riforma si sia resa necessaria alla luce degli obiettivi del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC)<sup>29</sup>.

Nonostante lo sforzo dimostrato dalla riforma esaminata, il rapporto tra "semplificazione e ambiente", con riferimento alla materia dell'energia, continua tendenzialmente a fondarsi su una cornice di riferimento frammentata e differenziata tra una fonte rinnovabile ed un'altra, tra una tipologia di intervento ed un'altra,

<sup>28</sup> Cfr., in tal senso, anche la Documentazione dei Servizi e degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, vol. II, 6 settembre 2020, 245 ss.

<sup>29</sup> EUROPEAN COMMISSION, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Assessment of the final national energy and climate plan of Italy*, Brussels, 14.10.2020 SWD (2020) 911 final.

anche a causa del difficile coordinamento tra le diverse disposizioni rilevanti (ad esempio, tra quelle dedicate all'edilizia e quelle dedicate all'ambiente). A conferma di ciò, la Commissione europea, in sede di valutazione del PNIEC, ha rilevato come negativo il dato secondo il quale, nell'ambito dell'ordinamento italiano, non sia tutt'oggi presente una strategia nazionale di riqualificazione edilizia a lungo termine con cui accompagnare gli obiettivi di efficienza energetica<sup>30</sup>.

Sotto un diverso profilo, l'art. 56 si occupa degli incentivi nell'ambito del settore dell'energia rinnovabile, prevedendo meccanismi volti ad incentivare il potenziamento o la ricostruzione di impianti obsoleti di generazione di energia elettrica da fonti rinnovabili (commi 3-6), integrando i criteri generali a presidio dell'adozione degli incentivi alla produzione di energia elettrica da impianti alimentati da fonti rinnovabili (comma 6-bis, introdotto al Senato) e intervenendo sulla disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi (commi 7-8).

In tale contesto, rileva, più degli altri, la riforma introdotta ad opera della lettera a) del comma 7 dell'art. 56, sul contenuto del d.lgs. n. 28/2011 recante "Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE", art. 42, recante la disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi: nel confermare che, come originariamente prospettato dalla norma oggetto di modifica, il Gestore dei Servizi energetici che all'esito di attività di controllo riscontri violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, «dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate e la trasmissione all'Autorità competente ai fini dell'applicazione delle sanzioni di legge», la norma specifica che ciò deve avvenire «in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241»<sup>31</sup>, vale a dire: la verifica dell'illegittimità del provvedimento ai sensi dell'art. 21-octies della stessa legge e, dunque, circa la sussistenza di un vizio di legittimità rilevante dell'atto, riconducibile

<sup>30</sup> Un ulteriore problema interpretativo connesso alla disciplina degli incentivi è stato recentemente affrontato dal Cons. Stato Ad. Plen., 11 settembre 2020, n. 18, che si è, anzitutto, pronunciata in ordine alla natura "plurima" o "scindibile" del procedimento amministrativo, di competenza del GSE, volto al riconoscimento degli incentivi: «tale procedimento, qualora abbia ad oggetto una tariffa incentivante maggiorata oltre a quella base, secondo l'Adunanza plenaria "deve intendersi come avente un oggetto plurimo, scindibile nei suoi effetti giuridici". Pertanto, il giudicante afferma che, qualora sia commessa una violazione che, in astratto, potrebbe condurre alla comminatoria della "decadenza" dagli incentivi (ai sensi di quanto previsto dall'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011), il GSE deve collegare quella violazione unicamente all'oggetto (per l'appunto, "scindibile") cui si riferiva la mancanza rilevata, con la conseguenza che, se la violazione concerneva solo il riconoscimento della maggiorazione, la decadenza potrà interessare solo su quest'ultima, e non anche la tariffa c.d. base» cfr. nota di commento in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>31</sup> M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)* in M.A. SANDULLI (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 435; C. DEODATO, *Art. 21-nonies. Annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 983.

alle figure della violazione di legge, dell'eccesso di potere o dell'incompetenza; la ponderazione dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto viziato<sup>32</sup>. Inoltre, a scopo di rafforzamento dell'affidamento e della tutela procedimentale del destinatario dell'atto, l'art. 21-*nonies* delinea un limite temporale all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, individuato nella "ragionevolezza" del termine dalla emanazione dell'atto. Termine che, secondo quanto disposto dalla legge delega per la riforma della pubblica amministrazione approvata con la l. n. 124/2015<sup>33</sup>, non può «comunque» essere superiore a diciotto mesi dall'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, ovvero dalla loro formazione tacita per silenzio assenso, fatto salvo l'annullamento d'ufficio, anche decorsi i diciotto mesi, dei provvedimenti amministrativi emanati sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015, 17.

<sup>33</sup> Cfr. art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990. A ciò si aggiunge che il d.l. n. 34/2020 ha disposto, con l'art. 264, comma 1 lettera b), che: «Al fine di garantire la massima semplificazione, l'accelerazione dei procedimenti amministrativi e la rimozione di ogni ostacolo burocratico nella vita dei cittadini e delle imprese in relazione all'emergenza COVID-19, dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2020: [...] b) i provvedimenti amministrativi illegittimi ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, adottati in relazione all'emergenza Covid-19, possono essere annullati d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro il termine di tre mesi, in deroga all'art. 21-*nonies* comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il termine decorre dalla adozione del provvedimento espresso ovvero dalla formazione del silenzio assenso. Resta salva l'annullabilità d'ufficio anche dopo il termine di tre mesi qualora i provvedimenti amministrativi siano stati adottati sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali, ivi comprese quelle previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

<sup>34</sup> Art. 42, d.lgs. n. 28/2011: «1. L'erogazione di incentivi nei settori elettrico, termico e dell'efficienza energetica, di competenza del GSE, è subordinata alla verifica dei dati forniti dai soggetti responsabili che presentano istanza. La verifica, che può essere affidata anche agli enti controllati dal GSE, è effettuata attraverso il controllo della documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti. I controlli sugli impianti, per i quali i soggetti preposti dal GSE rivestono la qualifica di pubblico ufficiale, sono svolti anche senza preavviso ed hanno ad oggetto la documentazione relativa all'impianto, la sua configurazione impiantistica e le modalità di connessione alla rete elettrica. 2. Restano ferme le competenze in tema di controlli e verifiche spettanti alle amministrazioni statali, regionali, agli enti locali nonché ai gestori di rete. Sono eseguiti dall'AGEA, con le modalità stabilite ai fini dell'applicazione dell'articolo 1, comma 382-*septies*, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, i controlli sulla provenienza e tracciabilità di biomasse, biogas e bioliquidi sostenibili. 3. Nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate, e trasmette all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481. In deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni

Inoltre, in deroga a quanto appena prospettato, la disciplina speciale esaminata prevede alcuni ulteriori meccanismi di decurtazione dell'incentivo al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti<sup>35</sup>.

Nel delineare in modo più preciso, rispetto al passato, i limiti del potere spettante in capo al GSE sulla "sorte" degli incentivi di cui ha già disposto l'erogazione, la norma garantisce maggiore certezza e stabilità al regime giuridico dell'istituto, sciogliendo se non tutti, almeno uno tra i "nodi" interpretativi che, fino ad ora, hanno contribuito ad "allontanare" gli operatori economici dal mercato delle fonti rinnovabili, e, più in generale, della c.d. "green economy" e, dunque, ad ostacolarne, in radice, il processo di formazione<sup>36</sup>.

### 3. Alcune osservazioni a prima lettura.

Da una prima lettura delle disposizioni esaminate, gli elementi di innovazione che sono stati introdotti nel quadro delle misure di attuazione del PNIEC sembrano rivelare una portata tutto sommato abbastanza limitata. Se la Commissione tecnica PNIEC è ancora alla ricerca di una propria identità, le disposizioni dedicate alle fonti rinnovabili sono meritevoli di attenzione ma, da sole, non sono comunque in grado di superare la persistente mancanza di un disegno unitario delle misure amministrative in materia di *energia*<sup>37</sup>. Tale aspetto critico, se letto alla luce delle dinamiche che si esplicano sul piano "energetico-ambientale"<sup>38</sup>, può essere

---

siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte della metà».

<sup>35</sup> Per un approfondimento delle problematiche connesse al sistema di incentivazione per l'utilizzo delle energie rinnovabili cfr. G. DE MAIO, *Politiche di incentivazione fiscale ed energie rinnovabili*, in *Il Governo dell'energia dopo Fukushima*, Napoli, 2013, 330 ss.

<sup>36</sup> G. D. COMPORI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 271 ss.; N. RANGONE, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforme*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1490.

<sup>37</sup> G. PERICU, *Scritti scelti, Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti*, Milano, 2009, 561.

<sup>38</sup> La questione problematica si inquadra nella più ampia tematica riguardante la persistente difficoltà di inquadramento del rapporto tra "semplificazione" ed "interessi sensibili" sul piano del procedimento amministrativo. Cfr., sul punto, A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, 4, 699 ss.: «La contrapposizione tra interessi pubblici sensibili e semplificazione amministrativa è venuta in un certo qual modo ad assumere una valenza "dicotomica". Da un lato, infatti, i processi di semplificazione sono stati spesso incoraggiati e sostenuti sulla base dell'idea per cui i regimi e i vincoli pubblicistici costituirebbero meri ostacoli alla piena realizzazione e sviluppo dei diritti e delle libertà individuali, soprattutto di tipo economico. Sul versante opposto, invece, molti tentativi di riforma sono stati criticati sulla base del convincimento per cui l'interesse pubblico — soprattutto se di rilievo sensibile — si sarebbe potuto tutelare solo attraverso il regime e il "presidio pubblicistico", dal momento che il privato in tali ambiti sarebbe naturalmente incline a massimizzare il proprio interesse egoistico a detrimento degli interessi collettivi». Sul tema cfr. Anche L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento*

considerato come una spia sintomatica della persistente mancanza di una linea direttrice del rapporto tra “semplificazione” e “ambiente”<sup>39</sup>, «comunemente percepite come due entità tra di loro inconciliabili»<sup>40</sup> anche da parte del legislatore, il quale, ben conscio della difficoltà di coniugare “burocrazia” e tempi di conclusione del procedimento amministrativo<sup>41</sup> anche, ma non solo, in materia ambientale<sup>42</sup>, tende sistematicamente a fare ricorso a misure aventi carattere emergenziale allorquando, come nel caso di specie, si delinea come stringente la necessità di raggiungere, in tempi contenuti, uno specifico e determinato risultato.

D'altra parte, però, siffatti - perfezionabili - elementi di innovazione hanno avuto comunque il merito di rappresentare un “punto di partenza”, uno stimolo per l'adozione di ulteriori misure nel quadro del processo di attuazione del PNIEC.

In realtà, al fine di una più ampia ricostruzione delle misure che il d.l. n. 76/2020 ha introdotto in funzione dell'attuazione del PNIEC, occorrerebbe interrogarsi (a monte) sul *perché* il d.l. n. 76/2020 si sia occupato del PNIEC. È utile ricordare che, in occasione della pandemia da Covid - 19, nell'ambito dello scenario europeo si è consolidata una stretta connessione tra il processo di superamento della crisi sanitaria - e della crisi economica (anche) da quest'ultima provocata - ed il processo di attuazione dell'*Europeangreen new deal*<sup>43</sup>. Siffatta prospettiva è stata consacrata nella sede delle misure di cui al *Recovery fund*, sulla cui base il ruolo del Piano integrato per l'energia ed il clima, oggetto di adozione da parte di ciascun singolo Paese membro, ha assunto un ruolo marcatamente strategico. Coerentemente, le Linee guida per la definizione del “Piano Nazionale di ripresa e resilienza” (“post pandemia”) del 15 settembre 2020 dedicano più di un riferimento alla missione inerente ai processi di “rivoluzione verde e transizione ecologica”, nel cui ambito

---

*amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un Equilibrio*, in Riv. Giur. Urb. 2019, 1; P. MARZARO, *Governo del territorio, interessi differenziati e tecniche di regolazione degli interessi. Note di sistema*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2019, 2; M. CALABRÒ, *Semplificazione procedimentale e esigenze di tutela dell'ambiente: l'autorizzazione integrata ambientale*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2010, 5, 239 ss.

<sup>39</sup> F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.1, 2020, 1, 3; M. RENNA, *L'allocatione delle funzioni normative e amministrative*, in G. ROSSI (a cura di) *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2017, 148; ID., *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 649; ID., *Semplificazione e ambiente*, in G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Bologna, 2008, 156.

<sup>40</sup> S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019, 4, 1189.

<sup>41</sup> M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2.

<sup>42</sup> Sul legame tra governo dell'energia e tutela della salute, cfr. A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013, 16.

<sup>43</sup> Cfr. L. AMMANATI, *La disciplina europea sull'efficienza energetica e il modello italiano: discrezionalità e vincoli per gli Stati Membri*, in [www.associazioneadde.it](http://www.associazioneadde.it), 2017, sull'esigenza di «dare organicità all'estesa produzione legislativa in materia di energia e di riaccorpate in modo sistematico le norme» al fine di «eliminare il costante rinvio a modifiche di regola parziali ma ripetute nel tempo che obbliga ad un faticoso lavoro di aggiornamento e riduce il tasso di certezza giuridica necessario agli operatori».

viene favorita la realizzazione di un «ampio programma» di investimenti al fine di conseguire gli obiettivi di matrice europea «partendo dalle linee delineate dal PNIEC».

Sulla scorta di questi presupposti sembrerebbe potersi evincere che l'urgenza, avvertita durante il corso della pandemia, di adottare un decreto legge che si occupasse (anche, ma non solo) del PNIEC, abbia trovato giustificazione nella funzione strategica da quest'ultimo assunta nel quadro delle misure per la "ripresa" e la "resilienza" nazionale. Tutto quanto considerato, si ritiene che tale ragionamento poggi su una logica coerente e tendenzialmente condivisibile. In prospettiva futura, però, è auspicabile che la formula del decreto legge utilizzata venga abbandonata, lasciando spazio all'avvio di un - molto atteso - processo di normazione dal carattere "strutturale"<sup>44</sup> ed ispirato, in un contesto che esuli dall'emergenza e dall'urgenza del singolo caso concreto, dalla ricerca di un equilibrato bilanciamento tra le esigenze di semplificazione ed i diversi interessi in gioco afferenti all'energia, in chiave di tutela dell'ambiente. E a questo scopo, l'Osservatorio "PNIEC", se verrà istituito, potrà, probabilmente, produrre risultati particolarmente significativi. Altrimenti ragionando, vi è il rischio che la molto attesa "azione integrata" tra Istituzioni ed operatori economici verso l'attuazione del PNIEC perda, con il tempo, la propria direzione, tra i meandri di una cornice normativa di riferimento cangiante, interessata da una molteplicità di interventi di semplificazione connotati da scarso rigore sistematico.

---

<sup>44</sup> Dedicato a mia figlia Camilla e a tutti gli adolescenti come lei.

# NOTE SULLA OBBLIGATORIETÀ O MENO DELLA VACCINAZIONE ANTI COVID 19\*

**Giuliano Scarselli**

Professore ordinario nell'Università di Siena  
Avvocato

“Se voi volete andare in pellegrinaggio nel luogo dove è nata la nostra Costituzione, andate nelle montagne dove caddero i partigiani, nelle carceri dove furono imprigionati, nei campi dove furono impiccati, dovunque è morto un italiano per riscattare la libertà e la dignità, andate lì o giovani col pensiero, perché lì è nata la nostra costituzione”.

Piero Calamandrei, *Discorso agli studenti di Milano del 26 gennaio 1955*

---

\*Avvocato e dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni presso la Scuola di Dottorato dell'Università degli Studi di Torino. Indirizzo e-mail: [valentina.cavanna@unito.it](mailto:valentina.cavanna@unito.it).

1. In questo periodo, in gran parte del mondo, si sta parlando dei vaccini anti Covid 19.

Si dice che a breve saranno pronti, verranno distribuiti ai vari Stati con celerità, e saranno messi a disposizione in primo luogo delle categorie più esposte alla malattia: gli operatori sanitari, gli anziani, e i più fragili perché già portatori di altre malattie.

Ovviamente, i problemi relativi al Covid 19 sono prevalentemente medici, però a mio parere è importante che ogni cittadino si interessi a quelle tematiche di carattere economico, sociale o giuridico che ruotano intorno alla pandemia che ha scombussolato la nostra vita.

Questo scritto contiene così alcune riflessioni sugli aspetti giuridici dei vaccini anti Covid 19, e in particolare dibatte la questione circa la possibilità di rendere tale vaccinazione obbligatoria per tutti oppure libera e rimessa alla determinazione dei singoli.

Ovviamente in discussione non è il vaccino, che costituisce un bene che nessuno può mettere in discussione, ma solo la sua giuridica obbligatorietà.

2. Preliminarmente, penso si possa affermare che sottoporre taluno a vaccinazione contro la sua volontà costituisce trattamento sanitario obbligatorio.

Si deve allora ricordare quanto segue:

a) la legge sul trattamento sanitario obbligatorio, TSO, è disciplinato nel nostro ordinamento dagli artt. 33 e ss. l. 23 dicembre 1978 n. 833. Esso è disposto dal sindaco su proposta motivata di un medico (art. 33, l. 833/78) e si ha con riferimento alle persone incapaci di intendere e volere ai sensi del successivo art. 34, che fa riferimento infatti alle *“persone affette da malattie mentali”*.

La disposizione, peraltro, prevede che se il TSO per dette persone debba avvenire in degenza ospedaliera, è necessario l'intervento del Giudice Tutelare, che nelle 48 ore successive provvede a convalidare il TSO.

E' vero che vi sono poi ipotesi di TSO non riferibili a deficit mentali, quali quelli relativi a infortuni sul lavoro, ma sono casi del tutto marginali, che non intaccano l'affermazione secondo la quale il TSO è nato, ed è uno strumento che si utilizza, nei confronti dei soggetti portatori di malattie mentali.

Di questo avviso è anche la dottrina che si è occupata dell'argomento.

b) In secondo luogo la c.d. vaccinazione obbligatoria è oggi disciplinata dal dl 7 giugno 2017 n. 73, convertito in legge 28 luglio 2017 n. 119, che ha portato da tre a dodici i vaccini obbligatori per i minori da zero a sedici anni (altre precedenti

normative circa vaccini obbligatori per minori erano quelle, ad esempio, di l. 4 febbraio 1966 n. 51 e l. 27 maggio 1991 n. 165).

Si tratta di un obbligo che riguarda esclusivamente i minori e il mancato rispetto delle vaccinazioni comporta una sanzione amministrativa da € 100,00 ad € 500,00 ai sensi dell'art. 1, 4° comma del dl 73/2017.

c) Questi due elementi si coordinano poi con un terzo, che è quello che nel nostro sistema, salve queste eccezioni, vige il principio della libera determinazione della persona circa il diritto alla salute.

Ognuno di noi ha, infatti, il diritto di curarsi come meglio crede, quando crede, dove crede. Ognuno di noi ha il diritto di scegliere di quale medico fidarsi, ed ha altresì diritto, se lo ritiene, di non curarsi affatto, se questa è la sua volontà, financo a lasciarsi morire, poiché anche la possibilità di lasciarsi morire costituisce diritto della persona.

Nel nostro sistema questa libertà di cura è assicurata in primo luogo dalla carta costituzionale con gli artt. 2 e 32, dalla CEDU con gli artt. 2 e 8, nonché, a livello di normativa ordinaria, dalla legge 22 dicembre 2017 n. 219, detta del "*consenso informato*", la quale statuisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata.

Questo diritto di libertà di cura è stato più volte considerato protetto dalla nostra costituzione dalla stessa Corte costituzionale, la quale ha statuito con le sentenze 23 dicembre 2008 n. 438 e 30 luglio 2009 n. 253, anteriori addirittura alla legge c.d. del consenso informato, e più recentemente con le sentenze 16 novembre 2018 n. 207 e 22 novembre 2019 n. 242, che "*il consenso informato riveste natura di principio fondamentale in materia di tutela della salute in virtù della sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona; quello all'autodeterminazione e quello alla salute*".

E soprattutto qualcosa del genere è patrimonio giurisprudenziale della Corte di cassazione, la quale, in tempi ben anteriori alla legge sul consenso informato, e precisamente con Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748, statuiva che "*Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario.....(e).....ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativa-coattiva*".

3. Questo quadro, dal quale agevolmente si ricava, direi, che la salute è rimessa alla libera determinazione della persona, e che le ipotesi di vaccinazioni o trattamenti sanitari obbligatori sono eccezioni normalmente circoscritte ai casi nei quali manchi la capacità della persona (minori e malattie mentali), non credo

possa poi essere contraddetto da una diversa giurisprudenza della Corte costituzionale.

Al riguardo, mi sia consentito ricordare che la questione della legittimità o meno di vaccini obbligatori nei confronti di adulti in modo generalizzato non è mai stata affrontata dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale si è pronunciata in materia ad oggi in soli due casi: a) questioni varie collegate ai vaccini obbligatori che riguardino i minori; b) ipotesi di indennizzo per danni derivanti da vaccini oltre le ipotesi di obbligatorietà degli stessi.

Le pronunce, infatti, Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307; Corte Cost. 27 marzo 1992 n. 132; Corte cost. 23 giugno 1994 n. 258, e Corte Cost. 18 gennaio 2018 n. 5, hanno avuto ad oggetto aspetti vari rispetto alle vaccinazioni obbligatorie riferite a minori; dal che, ritengo, costituirebbe forzatura estrarre da esse dei principi relativi alla possibilità del legislatore di introdurre un vaccino obbligatorio generalizzato per tutte le persone adulte e capaci di intendere e volere; anche perché, per quei casi, è previsto che a fronte dei genitori che si rifiutino di vaccinare il proprio figlio minore possa intervenire l'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 333 c.c.; e quindi è previsto un meccanismo che non appare proprio trasferibile ad una disciplina relativa a persone adulte.

Le pronunce Corte Cost. 26 febbraio 1998 n. 27; Corte Cost. 16 ottobre 2000 n. 423; Corte Cost. 26 aprile 2012 n. 107; Corte Cost. 14 dicembre 2017 n. 268; Corte Cost. 23 giugno 2020 n. 118, sono parimenti tutte pronunce che solo incidentalmente hanno affrontato il tema della vaccinazione obbligatoria, e sono pronunce che hanno semplicemente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 25 febbraio 1992 n. 210 nella parte in cui non estende il diritto all'indennizzo a quei soggetti che abbiamo subito danni permanenti a seguito di un vaccino anche solo raccomandato dallo Stato.

In modo egualmente indiretto, e con giudizi sempre aventi ad oggetto i modi, tempi e presupposti risarcitori per danni da vaccino, sono intervenute le pronunce Corte Cost. 22 giugno 2000 n. 226; Corte Cost. 18 aprile 1996 n. 118; Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307; dal che, anzi, direi che da queste pronunce emergere un fatto completamente diverso, e che è quello che le cause risarcitorie intentate da cittadini per essere state vittime di danni permanente alla persona a causa di vaccini non sono sporadiche se la Corte delle leggi è dovuta intervenire così tante volte sulla disciplina dell'art. 1 della l. 25 febbraio 1992 n. 210 e norme connesse.

Né, credo, possano trarsi argomenti a favore della vaccinazione obbligatoria da Corte Cost. 2 giugno 1994 n. 218.

In quel caso si discuteva della legge in contrasto all'AIDS, legge 5 giugno 1990 n. 135, e dell'art. 5 di essa, che stabilisce che nessuno può essere sottoposto, senza il proprio consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV, se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse (terzo comma), e che l'accertata infezione da HIV non può costituire motivo di discriminazione.

La Corte in quell'occasione dichiarava sì che esigenze di salute pubblica *“possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori”*, ma il giudizio veniva espresso su un operatore sanitario che non intendeva sottoporsi a controlli che escludessero la sua positività all'infezione da HIV nonostante il lavoro svolto, talché la stessa Corte in quel caso sottolineava come *“Non si tratta quindi di controlli sanitari indiscriminati, di massa o per categorie di soggetti, ma di accertamenti circoscritti sia nella determinazione di coloro che vi possono essere tenuti, costituendo un onere per poter svolgere una determinata attività, sia nel contenuto degli esami. Questi devono essere funzionalmente collegati alla verifica dell'idoneità all'espletamento di quelle specifiche attività e riservati a chi ad esse è, o intende essere, addetto”*.

4. Dunque, se questo è il contesto nel quale la questione si pone, io credo sia condivisibile l'opinione, direi di molti, secondo la quale il Parlamento non può senza la dovuta ponderazione rendere obbligatorio per tutti il vaccino contro il Covid 19.

Questa, peraltro, è l'indicazione che ci proviene dalla stessa Comunità europea, poiché compito dello Stato si dice sia quello di convincere e rassicurare, non quello di imporre e sanzionare, e parimenti al momento è quanto sta assicurando anche il nostro Governo, secondo il quale il vaccino deve essere infatti rimesso alla libera determinazione dei cittadini.

Tuttavia, non manca chi la pensi in modo diverso, e sostenga, tutto al contrario, che al fine di proteggere la salute pubblica: a) la vaccinazione debba invece essere resa obbligatoria; b) o la vaccinazione debba rimanere libera e tuttavia chi non si vaccina non possa poi fare certe cose, o esercitare certi diritti.

Si è detto, da parte di questi ultimi, che potrebbe crearsi un c.d. “patentino” del vaccino, così da disporre che chi si trovi senza “patentino” non possa più accedere nei posti di lavoro, in aeroporto, in treno, recarsi all'estero, se non addirittura a teatro, al cinematografo, al ristorante, al bar.

Ora, è evidente che le scelte che si possono fare sono solo due, e sono quelle di rendere la vaccinazione libera oppure obbligatoria, mentre non è pensabile, e non ha senso, sostenere che la vaccinazione è libera ma chi non si vaccina può subire talune conseguenze sanzionatorie.

L'obbligatorietà di un precetto giuridico, infatti, è strettamente connessa alla sanzione prevista per la sua violazione; cosicché, tutte le volte che un precetto è subordinato ad una sanzione, quel precetto non è mai libero, ma sempre, appunto, dovuto.

E quindi, se la mancata vaccinazione viene sanzionata, quella vaccinazione è obbligatoria; al contrario, se la si vuole lasciare libera nessuna conseguenza pregiudizievole deve essere immaginata per il cittadino che abbia fatto la scelta di non vaccinarsi. *Tertium non datur*.

5. Ora, la prima riflessione da fare su questo delicatissimo tema è che esso non si risolve, o non si risolve solo, con l'art. 32, 2° comma Cost., poiché quella norma costituisce il punto di partenza di un ragionamento giuridico, non quello di arrivo, e ciò nel senso che quella disposizione asserisce *in negativo* che nessun trattamento sanitario obbligatorio può essere disposto se non per legge ma non asserisce *in positivo* che la legge può liberamente disporre ogni trattamento sanitario obbligatorio.

Il precetto dell'art. 32 2° comma Cost è questo: il trattamento sanitario obbligatorio può essere disposto solo per legge; ne segue che, ad esempio, con un DPCM, o con una circolare del Ministro della Salute, non può disporsi un trattamento sanitario obbligatorio.

Ciò precisato, tuttavia, questo non significa che la norma costituzionale consenta allora alla legge di disporre liberamente trattamenti sanitari obbligatori, poiché una cosa del genere non è scritta da nessuna parte, e i trattamenti sanitari obbligatori saranno invece legittimi solo a condizione che la legge che li regoli non comporti violazione di altri precetti costituzionali e sia il frutto di una corretta ponderazione tra i contrapposti interessi della salute pubblica da una parte e della libertà di cura e di determinazione della persona dall'altra.

Solo se la legge avrà queste caratteristiche essa si potrà considerare costituzionalmente legittima; altrimenti no, e certamente questo insieme di cose non si rinviene direttamente dall'art. 32 2° comma Cost, ma dipendono da una lettura complessiva del sistema costituzionale.

6. La seconda riflessione preliminare da fare è quella che, a differenze di quanto taluni spesso affermano con sbrigativa semplicità, il conflitto tra un diritto privato e un interesse pubblico non sempre, e non automaticamente, dà prevalenza a quest'ultimo e nega il diritto privato.

La nostra costituzione, certo, non esclude che i diritti della persona possano essere subordinati o limitati da un contrapposto interesse pubblico, ma questo non deve avvenire sempre, e non è lo spirito della nostra costituzione che ciò avvenga sempre,

poiché essa, tutto al contrario, ha posto al centro del suo sistema proprio la persona, e ha previsto addirittura che alcuni diritti della persona siano inalienabili, e quindi non comprimibili per altre ragioni, e ciò, se si vuole, alla luce di una tradizione che risale all'umanesimo ed è rimasta invariata fino ad oggi.

Al contrario, se nel contrasto tra un diritto di libertà e un interesse pubblico si dovesse dare sempre prevalenza a quest'ultimo senza alcuna disamina delle questioni, allora tutti, o quasi tutti, i diritti della persona rischierebbero di essere negati, poiché assai spesso una pretesa individuale contrasta con un interesse più vasto e collettivo.

Da un po' di tempo si nota invece una certa superficialità nell'utilizzazione di questi strumenti, o meglio un certo sbilanciamento di questi equilibri, cosicché a molti, oramai, basta che solo si ponga questa contrapposizione tra pubblico e privato, tra Stato e cittadino, tra libertà e autorità, perché concludano automaticamente che debba darsi prevalenza al pubblico sul privato, allo Stato sul cittadino, all'autorità sulla libertà.

In verità, non sempre è così, e soprattutto, sia consentito aggiungere, l'automatica prevalenza del pubblico sul privato non può darsi sull'implicito presupposto che i cittadini devono essere trattati da irresponsabili cui vanno imposti i giusti comportamenti che altrimenti senz'altro non terrebbero, o considerati degli ignoranti a cui servono solo educazione e rigore, perché certo non fu questa l'idea di *popolo* che ebbero i nostri costituenti con gli artt. 1, 2 e 3 Cost..

7. La terza questione preliminare è che l'esistenza di una crisi sanitaria quale quella che stiamo vivendo obbliga lo Stato a porre ogni rimedio a tutela della salute dei cittadini ma non legittima lo Stato ad ogni soluzione possibile.

Senza riprendere qui discussione già fatte altrove da altri, né la pandemia in corso, né il dichiarato stato di emergenza, legittimano deroghe alla nostra carta costituzionale e ai nostri principi europei.

Direi che questo, se non interpreto male il suo pensiero, è anche quanto ha affermato il Presidente uscente della Corte Costituzionale nelle conclusioni della sua relazione di addio tenuta il 13 settembre 2020.

Si legge in essa: "Nella carta costituzionale non si rinvengono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi in tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazione nell'assetto dei poteri.....La Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi – dagli anni della lotta armata a quelli più recenti della crisi economica e finanziaria – che sono stati affrontati senza mai sospendere l'ordine costituzionale, ma ravvisando al suo

interno gli strumenti idonei a modulare i principi costituzionali in base alle specifiche contingenze.....Anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta è la Carta costituzionale così com'è - con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità - a offrire alle istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria a navigare per l'alto mare aperto dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende".

Dunque, non si affermi che l'art. 32, 2° comma Cost. consente di rendere obbligatoria la vaccinazione, che nel conflitto tra interesse pubblico e diritto privato prevale sempre l'interesse pubblico, e che in ogni caso la pandemia può giustificare un po' tutto in nome della salute, perché queste affermazioni non sono vere se date puramente e semplicemente, e tutto, al contrario, necessita di una diversa ponderazione, nel rispetto di tutti i valori, nessuno escluso, che trovano protezione nella carta costituzionale.

8. Ciò detto, e scendendo nei dettagli, direi che sarebbero intanto incostituzionali due modi di rendere obbligatoria per legge la vaccinazione anti Covid 19.

a) In primo luogo, vi sono già voci secondo le quali la normativa regolamentatrice del vaccino anti Covid 19 potrebbe contenere una c.d. clausola di salvaguardia, ovvero potrebbe avere un precetto secondo il quale i cittadini che dovessero avere disturbi o danni, anche permanenti, dalla somministrazione del vaccino, non dovrebbero poter intentare a nessuno una causa di indennizzo e/o di risarcimento del danno.

Ora, se queste voci dovessero essere confermate, credo si dovrebbe essere tutti seriamente preoccupati.

Una clausola del genere sarebbe a mio parere del tutto incostituzionale ove apposta unitamente ad un obbligo vaccinale.

È impensabile, infatti, che lo Stato possa da una parte obbligare il cittadino ad un trattamento sanitario e dall'altra prevedere che nessuno debba risponderne dei possibili eventuali danni di detto trattamento.

Non può infatti una legge escludere il diritto di azione, che è diritto, come è noto, riconosciuto dalla Costituzione all'art. 24 Cost., né una legge escludere il danno, se questo è dovuto a fatti sui quali il cittadino non si è potuto determinare; il tutto sarebbe altresì incostituzionale anche solo in forza di quella giurisprudenza della Corte che già si è formata sull'art. 1 della l. 25 febbraio 1992 n. 210 richiamata al punto 3.

Voci del genere, aggiungerei, sono in ogni caso fortemente allarmanti, poiché tendono ad alimentare la paura che i vaccini che si stanno distribuendo possano avere conseguenze pregiudizievoli.

b) In secondo luogo, qualcuno potrebbe immaginare di introdurre l'obbligo di vaccinazione anti Covid 19 prevedendo che la mancata vaccinazione costituisca reato. In questo caso l'obbligo di vaccinarsi sarebbe addirittura protetto da norma penale.

Ora, con una scelta del genere lo Stato renderebbe delitto quello che per molti è solo l'esercizio di un diritto, creando, in questo modo, inevitabilmente, una grossa frattura con la comunità.

Sarebbe peraltro un fatto senza precedenti, se solo si considera che la violazione dell'obbligo vaccinale imposto ai minori, in base al testo originario del dl 7 giugno 2017 n. 73, prevedeva una sanzione pecuniaria da € 500,00 a € 7.500,00 e questa sanzione, ritenuta eccessiva, veniva modificata dalla legge di conversione l. 28 luglio 2017 n. 119, e portata ad € 100,00 nel minimo ed € 500,00 nel massimo (la questione è stata anche oggetto di giudizio costituzionale con Corte Cost. 18 gennaio 2018 n. 5).

Spero dunque, e mi auguro, che a nessuno venga in mente di creare il delitto di omessa personale vaccinazione.

9. Il tema centrale, però, è quello se un obbligo vaccinale anti Covid 19 possa esser dato in via amministrativa, e, se sì, quale debba essere la sanzione da comminare in caso di violazione dell'obbligo.

Qui mi sia consentito invertire l'ordine delle questioni, e mi sia permesso di dire subito che troverei fuori luogo che una legge prevedesse che chi non abbia la vaccinazione anti Covid 19 non possa poi accedere a teatro, al cinematografo, al ristorante, al bar, o esercitare altri diritti della persona garantiti da altre norme, come taluno, invece, in questo periodo, sta proponendo. Io credo che regole minime di civiltà giuridica impongano al legislatore di non sanzionare illeciti civili o amministrativi con la degradazione dei diritti della persona.

Una idea del genere mi fa tornare in mente una vecchia legge, ovvero la legge 9 dicembre 1998 n. 431 avente ad oggetto la nuova disciplina della locazione e del rilascio degli immobili.

Quella legge conteneva un articolo 7 con il quale, sostanzialmente, lo Stato diceva al cittadino che se questi voleva perseguire il suo diritto privato al rilascio dell'immobile, doveva aver adempiuto all'interesse pubblico relativo agli aspetti fiscali dell'immobile, cosicché il mancato adempimento degli obblighi fiscali faceva perdere al cittadino il diritto ad esercitare l'azione esecutiva di rilascio del bene.

Io trovai subito bizzarra una norma del genere, che prevedeva come sanzione di un illecito la perdita di diritti costituzionalmente riconosciuti, e scrissi su ciò una breve nota su *Il Foro italiano*.

Poiché l'idea odierna di privare di diritti chi non si sia vaccinato è la medesima di quella che allora pretendeva che chi non avesse pagato le imposte perdesse i suoi diritti di azione e di difesa, mi sia consentito ricordare che con quella nota sostenni che, se dovessero passare principi del genere, allora potrebbe succedere di tutto: "il legislatore potrebbe disporre che un inadempimento contrattuale comporti la sanzione del divieto di fare contratti per il futuro; il datore di lavoro che non abbia pagato la retribuzione al dipendente non potrà più assumere personale; il marito separato che non paghi gli alimenti alla moglie non potrà più vedere il figlio, e così via".

Su queste premesse aggiungevo: "Una regola minima di civiltà giuridica vuole che chi commetta un illecito venga sanzionato, se del caso anche severamente, ma senza per questo venir privato dell'esercizio dei diritti. Ciò non avviene, nel nostro sistema, nemmeno dinanzi agli illeciti più gravi quali la commissione dei delitti, se non con riferimento alla condanna all'ergastolo o a pena non inferiori a cinque anni (art. 32 c.p.)" (*Foro it.*, 1999, V, 151).

La Corte costituzionale dichiarava infatti due anni dopo la illegittimità della norma con la sentenza 5 ottobre 2001 n. 333, asserendo che "*l'impedimento di carattere fiscale alla tutela giurisdizionale dei diritti, introdotto dalla norma denunciata, si pone in contrasto con l'art. 24 della Costituzione e comporta la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma stessa*".

Dunque, io credo che, *mutatismutandis*, anche con riferimento ai vaccini anti Covid 19, debba ribadirsi il principio secondo il quale una sanzione non può avere ad oggetto la perdita di uno o più diritti, poiché immaginare cose del genere significa imbarbarire il nostro sistema giuridico, e perché le sanzioni amministrative si configurano di regola quali sanzioni pecuniarie in base all'art. 10 della legge 24 novembre 1981 n. 689. Ne' possono crearsi nuove sanzioni amministrative di tipo non pecuniario, poiché nella misura in cui il nostro sistema riconosce le pene accessorie solo a fronte di delitti puniti con particolare severità, queste non possono darsi a fronte di un illecito amministrativo; ne' ancora, e per finire, può argomentarsi che il nostro sistema conosce anche talune sanzioni amministrative accessorie, poiché esse, soprattutto presenti nel codice della strada, hanno sempre durata limitata nel tempo, attengono ad aspetti del tutto secondari. e non sono certo capaci di incidere su momenti centrali della vita della persona.

10. Resta, infine, la questione *pura e semplice* della legittimità o meno di un obbligo vaccinale anti Covid 19 per tutti.

Qui è evidente che la risposta dipende dalla ponderazione di un insieme di considerazioni, e quindi è evidente che, come avviene in tutte le ponderazioni, il giudizio che ne discende ha carattere relativo, poiché quello che sembra giusto ad uno può risultare errato all'altro, e perché è inevitabile che quando si procede per comparazione di valori, i risultati sono inevitabilmente il frutto di un giudizio di valore.

Peraltro, che la risposta debba dipendere da una ponderazione è anche confermato da quella giurisprudenza della Corte costituzionale che ho richiamato al punto 3.

Io ritengo, lo ripeto ancora, che detta giurisprudenza non abbia un'attinenza centrale per risolvere la questione; e tuttavia, anche a voler andare di contrario avviso, e ritenere viceversa quelle pronunce risolutive, il problema non muta, perché è quella stessa giurisprudenza a chiedere di valutare, per la liceità dell'obbligo, *“se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato ma anche a preservare lo stato di salute degli altri”* (così, per tutte, Corte Cost. 22 giugno 1990 n. 307 e Corte cost. 23 giugno 1994 n. 258).

Io penso che la questione di un vaccino obbligatorio generalizzato anti Covid 19 sia questione nuova, e quindi credo che quelle pronunce possano costituire la base di una riflessione giuridica, ma non rappresentino tutto quello che sull'argomento si possa sostenere. Proprio in forza di ciò, mi permetto di proporre allora i seguenti argomenti, che altro, sia chiaro, non vogliono essere, se non spunti di riflessioni.

a) In primo luogo, va ricordato che i cittadini che non intendono vaccinarsi non lo fanno per capriccio bensì perché hanno paura che il vaccino possa arrecare loro danno.

Lo Stato non può superare questo timore con una imposizione, ma deve superarlo con gli strumenti della convinzione e della persuasione; deve spiegare, con un linguaggio comprensibile a tutti, di cosa sia composto un vaccino, chi lo abbia fabbricato, come sia arrivato in Italia, come funzioni per impedire la malattia, che conseguenze collaterali possa avere, che benefici apporti e per quale durata di tempo, e così di seguito.

In un momento infatti considerato da molti prematuro circa l'esistenza di dati certi, e in presenza altresì di perplessità che si hanno anche all'interno della comunità scientifica, credo sia libertà di tutti poter determinare la propria persona, e ciò, se si vuole, anche alla luce della giurisprudenza richiamata della Corte costituzionale.

b) In secondo luogo, ricordo ancora che l'obbligatorietà vaccinale che taluni immaginano costituirebbe una novità nel nostro sistema; ad oggi non mi risulta si siano mai avuti obblighi vaccinali nei confronti di persone adulte, e ogni trattamento sanitario obbligatorio, come abbiamo visto, è stato normalmente circoscritto e previsto per soggetti non capaci, quali i minori e/o i portatori di deficit mentali.

c) La stessa vaccinazione obbligatoria su minori, in realtà, è obbligatoria solo da un punto di vista teorico, poiché in pratica il legislatore, abbiamo visto, non è andato oltre certi limiti.

Peraltro, essa non ha conseguenze personali per i bambini da 6 anni di età, poiché l'art. 3 del medesimo decreto legge prevede che il vaccino costituisca condizione di accesso alle sole scuole dell'infanzia, mentre "per gli altri gradi di istruzione" (ovvero già dalle scuole elementari) "la presentazione della documentazione di cui al comma 1 non costituisce requisito di accesso alla scuola e agli esami".

d) Si afferma, poi, che il vaccino serve per la protezione della salute di chi si vaccina e così, al tempo stesso, per la tutela della salute degli altri.

Su questa affermazione, corretta, devono però a mio sommo parere darsi alcune precisazioni sia per quanto attenga alla *salute per sé* e sia per quanto attenga alla *salute per gli altri*.

E per quanto attenga alla salute di chi si vaccina, se trattasi di persona adulta e capace di intendere e volere, la vaccinazione non può essere imposta, poiché ciò contrasterebbe con la libertà di cura del singolo, già riconosciuto come valore costituzionale, visto che ognuno di noi, per sé, ha diritto di stabilire quali rischi sanitari correre e quali invece evitare.

e) Ovviamente il tema centrale non è quello della *salute per sé* bensì quello della *salute per gli altri*.

Seppur sia fuori discussione che lo Stato debba interessarsi alla salute di tutti, sia consento dire che una persona non vaccinata non necessariamente è una persona malata di Covid 19, e credo che, anche in medicina, probabilmente valga il principio secondo il quale *nemo plus (iuris) in aliumtraferre potest quam ipse habet*; dal chela persona sana, a prescindere dalla circostanza abbia fatto o meno il vaccino, non rappresenta un rischio per la salute pubblica, perché non può trasmettere una malattia che non ha; al più si tratterebbe, in certe occasioni, di accertare con un test o altro strumento medico che la persona non vaccinata sia effettivamente sana e non in grado di trasmettere la malattia, ma ogni altra restrizione generalizzata per il mancato vaccino potrebbe costituire contrazione ingiustificata di una libertà della persona.

f) Inoltre, credo si possa affermare, sperando di non commettere errori dovuti alla circostanza che, evidentemente, non sono un medico, che la persona vaccinata non corra alcun rischio di essere contaminata, perché appunto, la funzione del vaccino è proprio quella.

Ora, dunque, se questo è vero, il non vaccinato non ha alcuna possibilità di contaminare il vaccinato, perché il vaccinato, diremmo con linguaggio giuridico, è vaccinato *erga omnes*; dal che il non vaccinato potrebbe, se del caso, solo contaminare chi parimenti non si sia sottoposto al vaccino, ovvero solo chi, come lui, e fuori dei rarissimi casi nei quali un soggetto non possa vaccinarsi per ragioni indipendenti dalla sua volontà, abbia accettato il rischio sanitario.

Si vede, allora, che l'idea che taluno possa vaccinarsi per la salute degli altri vale normalmente nei confronti di quei soggetti che parimenti abbiano fatto la scelta di non vaccinarsi, ovvero di chi volontariamente abbia accettato quel medesimo rischio a cui si è sottoposto il soggetto che dovrebbe essere il portatore della malattia.

E dunque, se così è, si può affermare che chi non si vaccina può danneggiare solo chi come lui abbia fatto la medesima scelta, non altri che al vaccino si siano sottoposti; e quindi, si comprende, diventa in questi termini più difficile immaginare la sussistenza di un sicuro interesse pubblico alla salute che prevalga sul diritto di libertà ai trattamenti sanitari.

g) Si potrebbe infine replicare che la salute del singolo è fatto che di per sé ha rilevanza pubblica, poiché è interesse di tutti che la società abbia al suo seno meno malati possibili.

Ciò è vero, ma questo interesse pubblico non può essere, a mio parere, in grado di superare il diritto dei cittadini alla loro libera determinazione.

I cittadini già pagano allo Stato ingenti imposte affinché lo Stato organizzi al meglio con quei denari i servizi pubblici essenziali, tra i quali, certo, vi rientra la sanità.

Lo Stato non può prima tassare il cittadino per l'organizzazione dei servizi essenziali e poi oltre certe misure contrarre una sua libertà per problemi pratici nell'organizzazione di tale servizio.

È evidente che il cittadino ha un dovere di collaborazione, così come infatti tutti collaborano, nel proprio interesse e in quello degli altri, nel portare le maschere, tenere le distanze, evitare assembramenti, usare il gel idroalcolico per le mani, ecc...; ma questa collaborazione non può spingersi fino al punto di subire un trattamento sanitario non voluto perché ritenuto rischioso, e/o di dover pagare questa scelta con la perdita di diritti personali fondamentali. E l'interesse che lo Stato ha a che Tizio, oppure Caio, oppure Sempronio siano sani, non può

sempre superare il diritto di Tizio, Caio e Sempronio alla libera determinazione per quanto attenga alla loro salute.

## TUTELA DI SALUTE E AMBIENTE: RIFLESSIONI A MARGINE DELL'EMERGENZA CORONAVIRUS

**Valentina Cavanna\***

**ABSTRACT**[ITA]: Scopo del presente contributo è analizzare la risposta multilivello al Covid-19 per quanto concerne la tutela della salute e dell'ambiente, tenendo altresì in considerazione l'assetto costituzionale di competenze e le proposte di "semplificare" i procedimenti ambientali, nonché l'opportunità di valutare l'impatto delle misure anti-Covid sulla salute ed il benessere.

**ABSTRACT** [ENG]: The paper aims to analyze the multilevel response to Covid-19 with regard to the protection of health and environment, taking also into account the Constitutional scheme of competencies and the proposals to "simplify" environmental proceedings, as well as the opportunity of evaluating the impact of anti-Covid measures on health and wellbeing.

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. –**2.** In generale: principi di precauzione e proporzionalità; il rapporto Stato-Regioni in materia ambientale. – **3.** La gestione degli aspetti ambientali durante l'emergenza Coronavirus. –**3.1.**

La questione delle attività consentite e sospese. –**3.2.** L'intreccio di interventi nella gestione degli adempimenti ambientali in tempo di Covid-19. – **4.** Oltre il Coronavirus: le proposte di "semplificazione" dei procedimenti ambientali (cenni). –**5.** La valutazione degli impatti delle misure anti-Coronavirus. – **6.** Prime considerazioni conclusive.

## 1. Premessa.

La tutela della salute pubblica è sempre di più un tema dibattuto nell'ambito del nostro Paese, soprattutto in connessione con le problematiche legate alla protezione dell'ambiente.

Se salute e ambiente (da intendere come una sorta di endiadi<sup>1</sup>) si pongono da tempo in un rapporto dialettico tra loro ed altresì rispetto ad altri diritti (si pensi al diritto al lavoro, spesso in contrasto con i primi), l'emergenza

---

<sup>1</sup> La Corte Costituzionale, in una sentenza ormai risalente ma emblematica, ha definito l'ambiente come «elemento determinativo della qualità della vita»: Cort. Cost., 30 dicembre 1987, n. 641. Dal combinato disposto dell'art. 2 e 32 Cost., in aggiunta all'art. 9 Cost., si è dunque elaborato il concetto di "ambiente salubre"; tale concetto è in linea con l'interpretazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Si è detto così che l'interesse ambientale è un «valore fondamentale della persona umana. Esso, difatti, annoverato tra gli interessi sensibili, rinviene oggi fondamento costituzionale negli artt. 2, 3, 9 e 32 Cost.; la tutela dell'ambiente include non solo la tutela del paesaggio di cui all'art. 9 Cost. che "deve essere intesa nel senso lato di tutela ecologica", ma riflette i suoi effetti anche sul diritto alla salute (art. 32 Cost.), alla dignità umana (art. 2 Cost.) ed alla eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.). L'ambiente è, infatti, lo spazio in cui la persona vive. È chiaro, allora, che un ambiente insalubre pregiudica la salute, la dignità e l'armonioso sviluppo dell'individuo nella società. Per questo motivo, l'approdo ermeneutico attuale giunge a legare, indissolubilmente, il diritto all'ambiente salubre col diritto alla salute»: così S. DELANA, *La semplificazione dell'azione amministrativa e la tutela dell'interesse ambientale*, in *Lexambiente.it*, 6 dicembre 2019.

In argomento, si veda anche L. PIROZZI, *L'art. 2 della Costituzione e i diritti inviolabili*, in D. MORANA (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 1 ss.. Secondo l'Autore, occorre distinguere tra il «diritto all'ambiente» e il «diritto ad un ambiente salubre»: il primo costituisce un interesse oggettivo costituzionalmente protetto, il secondo (anche) un diritto soggettivo che altro non sarebbe se non un risvolto dell'art. 32 Cost..

Coronavirus ha determinato una notevole espansione della tutela della salute (intesa solo come assenza di malattia) a scapito di altre libertà (nonostante essa sia a volte non sufficientemente considerata nei procedimenti ambientali)<sup>2</sup>. D'altra parte, come rilevato dalla dottrina<sup>3</sup>, le sopravvenute necessità poste dalla pandemia hanno mostrato l'inadeguatezza dell'approccio che aveva negato un autonomo significato normativo al carattere fondamentale riconosciuto dalla Costituzione al diritto alla salute (come la sentenza della Corte Costituzionale n. 9 maggio 2013, n. 85 nel caso ILVA), mentre la normativa emergenziale ha posposto alla tutela della salute il godimento di altri diritti costituzionalmente tutelati. Secondo questa interpretazione, nel caso di contrasto non risolvibile attraverso il criterio di specialità, al diritto alla salute deve essere riconosciuta una sorta di prevalenza sugli altri diritti che, pur essendo costituzionalmente garantiti, sono privi della qualificazione della "fondamentalità".

*Inter alia*, detta emergenza - che non è di per sé un'emergenza ambientale<sup>4</sup>, ma che necessita di misure urgenti anche da questo punto di vista - ha esacerbato una delle caratteristiche del diritto ambientale, ossia la sua articolazione, nell'ambito del diritto interno, a più livelli di intervento<sup>5</sup>. Tale articolazione ha di frequente implicato, nel

<sup>2</sup> Esula dal presente contributo l'approfondimento della questione circa la legittimità, da un punto di vista di bilanciamento dei diritti, della normativa ad oggi adottata per affrontare l'emergenza Coronavirus, anche secondo quanto indicato dalla nota sentenza della Corte Costituzionale 85/2013; nonché delle problematiche relative al sistema delle fonti (anche in ambito Stato-Regioni) poste dalla predetta normativa. Si vedano, *ex multis*: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020 n. 2, 10 aprile 2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020 n. 2, 11 giugno 2020; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 5 maggio 2020; M. CONSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti Supreme e Salute*, 2020 n. 1, pp. 79 ss.; S. TROILO, *Sul fondamento legale e competenziale delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020 n. 2; E. DE MARCO, *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni di diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da coronavirus*, in *Consulta Online*, 6 luglio 2020; P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del Coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2020 n. 2, 689 ss..

<sup>3</sup> D. MORANA, *La fondamentalità del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in D. MORANA (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, pp. 161 ss.

<sup>4</sup> In argomento, D.E. TOSI, *Emergenza e tutela ambientale nel sistema delle fonti tra problemi definitivi e rapporto tra ordinamenti*, in *AmbienteDiritto.it*, 2019 n. 4.

<sup>5</sup> Si è parlato, a tal proposito, di una "inflazione normativa": così L. SALVEMINI, *Principi di diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 185. Si veda anche, a tal proposito, B. CARAVITA - L. CASETTI - A. MORRONE, *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 49 ss.. Anche «il quadro delle competenze amministrative in materia ambientale è estremamente disorganico e frammentario»: così M. RENNA, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 150.

tempo, notevoli difficoltà nel conciliare l'esercizio delle competenze attribuite a Stato, Regioni ed Enti Locali.

Questa emergenza ha confermato detto complesso intreccio di competenze: all'intervento statale si è infatti aggiunto quello di Regioni e Province Autonome, che hanno emesso provvedimenti con contenuti vari (ad esempio in materia di rifiuti, autorizzazioni ed adempimenti ambientali, bonifiche).

Si pone così, nuovamente, l'esigenza di analizzare le diverse possibilità di intervento offerte dall'ordinamento per la tutela di salute e ambiente (investigando, tra l'altro, il regime emergenziale ed il rapporto tra salute e ambiente nel predetto regime). Inoltre, si segnala l'opportunità di verificare gli impatti della pandemia da Coronavirus (e delle correlate misure) dal punto di vista della salute intesa anche in senso "olistico" e del criterio dell'equità.

Lo scopo del presente contributo è quello di analizzare tali tematiche (e le relative problematiche) attraverso l'esame della normativa e della casistica rilevante.

## **2. In generale: principi di precauzione e proporzionalità; rapporto Stato-Regioni in materia ambientale.**

L'approfondimento della questione del rapporto Stato-Regioni in materia ambientale esula dal presente contributo, per la complessità e la vastità della stessa<sup>6</sup>. Tuttavia, un breve riferimento a detta questione è utile per comprendere le considerazioni che verranno svolte nel proseguo.

In via preliminare, è comunque opportuno premettere alcuni cenni in relazione alla rilevanza, nell'analisi sulla legislazione sull'emergenza pandemica e sul riparto di competenze Stato-Regioni e autonomie, dei principi di precauzione e proporzionalità, nonché di amministrazione del rischio.

Infatti, il principio di precauzione è uno dei principi chiave in materia ambientale<sup>7</sup>, che rinviene le proprie fondamenta nel principio 15 della Dichiarazione di Rio de Janeiro del 14 giugno 1992<sup>8</sup> e che prevede che, in presenza di un dubbio

<sup>6</sup> In argomento si vedano *ex multis*: P. COLASANTE, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi.it*, 24 giugno 2020;

<sup>7</sup> Si veda in particolare l'art. 3-ter del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

<sup>8</sup> Esso dispone: «Al fine di tutelare l'ambiente, gli Stati adotteranno ampiamente un approccio cautelativo in conformità alle proprie capacità. Qualora sussistano minacce di danni gravi o irreversibili, la mancanza di una

scientificamente attendibile, ancorché in assenza di conoscenze empiriche certe circa la nocività per l'ambiente di una determinata attività, occorra adottare misure di tutela ambientale; in altre parole, è sufficiente un rischio di danno o, per dirla in termini penalistici, un evento di pericolo anche solo astratto. Tuttavia, al fine di evitare la paralisi dell'economia, la valutazione di detto rischio deve essere «seria e prudentiale»<sup>9</sup>. Peraltro, come affermato dalla dottrina, il principio di precauzione consta anche, oltre che della valutazione del rischio, della gestione del rischio e della comunicazione dello stesso<sup>10</sup>. In particolare, la gestione del rischio è «finalizzata all'esame delle alternative di intervento, tenendo conto degli esiti della valutazione del rischio, senza tuttavia restarne vincolati»<sup>11</sup>.

La dottrina<sup>12</sup> ha altresì affermato che il principio di precauzione, con il suo intervento anticipato, «s'iscrive in una logica nettamente diversa da quella della prevenzione: quella dell'amministrazione di rischio».

Secondo la giurisprudenza<sup>13</sup>, il principio di precauzione costituisce uno dei canoni fondamentali del diritto alla salubrità dell'ambiente e alla salute e obbliga le Autorità competenti ad adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente; esso deve essere applicato facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli interessi economici.

completa certezza scientifica non potrà essere addotta come motivo per rimandare iniziative costose in grado di prevenire il degrado ambientale».

<sup>9</sup> Come affermato da TAR Piemonte, Sez. I, 22 gennaio 2018, n. 99.

<sup>10</sup> A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *Persona e amministrazione*, 2020 n. 1.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2011 n. 2, p. 23.

<sup>13</sup> Così, *ex multis*, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 5 dicembre 2020, n. 5835. La sentenza prosegue altresì affermando che «l'esigenza di tutela della salute diventa imperativa già in presenza di rischi soltanto possibili, ma non ancora scientificamente accertati, atteso che, essendo le istituzioni comunitarie e nazionali responsabili - in tutti i loro ambiti di azione - della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente, la regola della precauzione può essere considerata come un principio autonomo che discende dalle disposizioni del Trattato (cfr.: Corte di Giustizia CE, 26.1.2002 T132; sentenza 4 luglio 1998, causa C-248/95; sentenza 3 dicembre 1998, causa C-67/97; Bluhme; Cons. Stato, VI, 3.12.2002, n. 6657; T.A.R. Lombardia, Brescia, 11.4.2005, n. 304). Come significato dalla più autorevole giurisprudenza formatasi sul punto, "l'applicazione del principio di precauzione comporta, in concreto, che ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri deve tradursi in una prevenzione precoce, anticipatoria rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche. È evidente, peraltro, che la portata del principio in esame può riguardare la produzione normativa in materia ambientale o l'adozione di atti generali ovvero, ancora, l'adozione di misure cautelari, ossia tutti i casi in cui l'ordinamento non preveda già parametri atti a proteggere l'ambiente dai danni poco conosciuti, anche solo potenziali" (cfr., sul punto, *ex multis*, T.A.R. Piemonte, I, 3.5.2010, n. 2294)».

Il principio di precauzione, tuttavia, essendo fondato, come detto, su incertezze, deve essere “temperato”, al fine di evitare un sacrificio eccessivo di altri diritti o interessi rilevanti, attraverso l’applicazione del principio di proporzionalità<sup>14</sup>, che «funge da limite e da strumento idoneo ad orientare l’esercizio del potere legislativo o esecutivo»<sup>15</sup>.

Come ricordato espressamente dal parere del Consiglio di Stato del 20 settembre 2017, n. 2065 in materia di vaccinazioni, «il principio di precauzione non offr[e] “regole per decidere”, ma soltanto “regole per procedere”, poiché permette di individuare il percorso di procedimentalizzazione delle decisioni delle autorità pubbliche in situazioni di incertezza, consentendo una gestione collettiva del rischio. In altri termini, il principio di precauzione non obbliga affatto alla scelta del “rischio zero”, semmai impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore), in contesti determinati, di prediligere, tra le plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l’individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile».

Il Consiglio di Stato, in un recente sentenza in materia di *Xylella*<sup>16</sup>, ha affermato che il principio di precauzione «deve, inoltre, essere applicato tenendo conto del principio di proporzionalità, il quale esige che gli atti delle istituzioni dell’Unione e quelli adottati dalle amministrazioni nazionali in conseguenza non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno gravosa, e che gli inconvenienti causati non devono essere eccessivi rispetto agli scopi perseguiti». Tali aspetti del decidere amministrativo, come si vedrà più diffusamente al Paragrafo 3.1, si intrecciano con le problematiche nel rapporto Stato-Regioni quanto alla tutela della salute e dell’ambiente.

A tal riguardo, va innanzitutto ricordato brevemente che (come affermato, in particolare, dal Consiglio di Stato nel summenzionato parere in materia di vaccinazioni) l’articolo 32 della Costituzione assegna alla Repubblica il compito, da

<sup>14</sup> Su cui si veda D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, in *Diritto online*, Treccani.it, 2012.

<sup>15</sup> Così F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell’azione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017. In argomento, si veda anche, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2017, n. 746.

<sup>16</sup> Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1692.

attuare in via legislativa e amministrativa, di tutelare la salute; tale compito è ripartito tra lo Stato e le Regioni, posto che la “tutela della salute” rientra nell’elenco di materie che l’articolo 117, c. 3, della Costituzione assegna alla potestà legislativa concorrente delle Regioni, riservando tuttavia allo Stato la fissazione dei principi fondamentali (senza dimenticare peraltro che tale compito spetta alla sola potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dello stesso articolo 117, c. 2, lettere m) e q), allorché si tratti di assicurare la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» o di disporre in tema di «profilassi internazionale»).

Orbene, in materia ambientale allo Stato è riservata una competenza esclusiva (ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione), con interferenze con quelle in tema di tutela della salute (sotto il profilo dell’esistenza di diritto a un ambiente salubre).

Peraltro, la materia ambientale è uno dei terreni su cui più si è registrato uno scontro tra i citati organi statuali. Non certamente l’unico, se si pensa a quanto spesso la dottrina e la giurisprudenza costituzionale abbiano invocato il principio di leale collaborazione, anche nell’ottica del binomio unità-autonomia di cui all’art. 5 Cost..

Ma la materia ambientale, come noto, ha una peculiarità: l’ambiente, da un lato, non è definito nella Carta costituzionale<sup>17</sup>; dall’altro lato, è un concetto che abbraccia il reale e che si espande sempre di più al mutare della sensibilità e della necessità di affrontare le nuove sfide che la realtà pone<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> In argomento, si vedano: A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell’ambiente*, Laterza, Bari, 2018; L. SALVEMINI, *op. cit.*; B. CARAVITA - L. CASETTI - A. MORRONE, *op. cit.*, pp. 17 ss..

<sup>18</sup> In relazione alla Costituzione italiana, si è affermato che «l’ordinamento costituzionale italiano (in compagnia di altri, che appartengono prevalentemente al «diritto dell’occidente»), con il generico e raffazzonato riferimento all’ambiente contenuto nell’articolo 117, si colloca in quest’ultima categoria [ossia quella degli ordinamenti che si limitano ancora ad una considerazione generica, strumentale o declamatoria della tutela ambientale, N.d.R.]. In considerazione dell’urgenza di affrontare le tematiche ambientali come assolute priorità, confermata anche dalle pressanti richieste provenienti dalle istituzioni internazionali (al cui interno la dimensione ambientale ha oggi assunto un ruolo centrale), un «adeguamento» dello status costituzionale dell’ambiente in Italia, così come in diversi paesi del blocco euro-atlantico, appare ormai indifferibile»: così D. AMIRANTE, *L’ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo speciale – maggio 2019, p. 31.

Un altro punto che merita una riflessione è quanto il concetto (e la sua tutela, beninteso) oscilli tra considerazioni di tipo antropocentrico (un ambiente in funzione della salute umana) ed ecocentrico. È stato osservato che, introducendo la tutela dell’ecosistema nell’art. 117, si sia richiamata la più moderna nozione di ambiente come equilibrio ecologico: così B. CARAVITA - F. FABRIZZI - A. STERPA, *Lineamenti di diritto costituzionale delle Regioni e degli enti locali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 76.

L'art. 117 Cost., come modificato dalla L. Cost. 3/2001 di riforma del Titolo V, contempla la "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" tra le materie di competenza esclusiva dello Stato (art. 117, c. 2, lett. s). «A partire dal 2001, l'ambiente diviene formalmente materia. La riforma del titolo V della Costituzione e, in particolare, il nuovo disposto dell'art. 117 Cost. hanno progressivamente influito anche sulla definizione del termine ambiente»<sup>19</sup>. Così, a partire dal 2007 la Corte Costituzionale<sup>20</sup> ha affermato: «a proposito della materia "tutela dell'ambiente", è da osservare che essa ha un contenuto allo stesso tempo oggettivo, in quanto riferito ad un bene, l'ambiente (...), e finalistico, perché tende alla migliore conservazione del bene stesso (...))»<sup>21</sup>.

Orbene, l'ambiente è un valore costituzionalmente protetto che delinea una materia "trasversale"<sup>22</sup>, come tale potendo influire sulla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni (si pensi a materie come il governo del territorio); ciò ha sollevato un copioso contenzioso dinnanzi alla Corte Costituzionale<sup>23</sup>.

---

È stato altresì osservato come «nel tempo si è passati da un diritto all'ambiente, inteso in un'accezione di derivazione giusnaturalistica, come diritto di ciascun uomo ad un ambiente sano e godibile, ad un vero e proprio diritto dell'ambiente, da proteggere oggi come risorsa in sé e non solo in quanto oggetto di godimento e di fruizione da parte dell'uomo»: P. Mantini, *Per una nozione costituzionalmente rilevante di ambiente*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2006 n. 2, p. 223.

Un valido esempio della tendenza espansiva è dato dalla nozione di ambiente che si può ricavare dall'art. 5, c. 1, lett. c) del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152: «impatti ambientali: effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto, sui seguenti fattori: popolazione e salute umana; biodiversità, con particolare attenzione alle specie e agli habitat protetti in virtù della direttiva 92/43/CEE e della direttiva 2009/147/CE; territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; interazione tra i fattori sopra elencati. Negli impatti ambientali rientrano gli effetti derivanti dalla vulnerabilità del progetto a rischio di gravi incidenti o calamità pertinenti il progetto medesimo».

<sup>19</sup> L. SALVEMINI, *La P.A. tra silenzio e discrezionalità nella tutela degli interessi ambientali. La discrezionalità amministrativa: un parametro per valutare la legittimità del silenzio assenso?*, in *Dirittifondamenti.it*, 10 giugno 2020.

<sup>20</sup> Si veda a tal proposito la Corte Cost., 14 novembre 2007, n. 378.

<sup>21</sup> Corte Cost., 22 luglio 2009, n. 225.

<sup>22</sup> Le materie trasversali costituiscono uno dei correttivi al modello di riparto di competenze dettato dall'art. 117 Cost., in quanto ampliano fortemente lo spazio di intervento del legislatore statale; si assiste, peraltro, ad una frammentazione dell'intervento legislativo, che si aggiunge all'interferenza tra le materie: sul punto, si veda F. COVINO, *Leale collaborazione e funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Jovene Editore, Napoli, 2018, pp. 54-55.

<sup>23</sup> Ciò ha portato ad affermare quanto segue: «L'osservazione del contenzioso costituzionale che la materia ambientale determina conduce agevolmente verso quella che dovrebbe essere la soluzione naturale in un ordinamento regionale che si ispira al principio di leale collaborazione. Infatti, la concorrenza della fonte statale in virtù dell'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. e delle fonti regionali in ragione dei propri titoli di legittimazione che interessino profili ambientali conduce a una separazione delle competenze nell'ambito della stessa materia non agevolmente governabile e che dovrebbe essere perciò guidato da strumenti collaborativi in grado di garantire un efficace coordinamento delle competenze fra i livelli di governo interessati»: così P. COLASANTE,

La Corte Costituzionale ha infatti in passato affermato che sullo stesso bene (l'ambiente) "concorrono" diverse competenze, le quali, tuttavia, restano distinte tra loro; una volta che i livelli di tutela dell'ambiente siano stati fissati dallo Stato medesimo, le Regioni stesse, purché restino nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze, possono pervenire a livelli di tutela più elevati. Peraltro, tale possibilità è esclusa nei casi in cui la legge statale debba ritenersi inderogabile, essendo frutto di un bilanciamento tra più interessi eventualmente tra loro in contrasto. Quanto alle funzioni amministrative, nel caso della tutela ambientale, lo Stato, in quanto titolare di una competenza esclusiva, ai sensi dell'art. 118 Cost., nel rispetto dei suddetti principi, può conferire a sé le relative funzioni amministrative, ovvero attribuirle alle Regioni o ad altri enti territoriali, ovvero ancora prevedere che la funzione amministrativa sia esercitata mediante il coinvolgimento di organi statali ed organi regionali o degli enti locali<sup>24</sup>.

Peraltro, come ha affermato autorevole dottrina<sup>25</sup>, la Corte Costituzionale ha affermato due orientamenti diversi, che si sono "intrecciati" tra loro e sono stati variamente applicati: quello dell'ammissibilità degli interventi regionali *in melius* (ma sempre nell'ambito dell'esercizio delle proprie competenze) e quello del c.d. punto di equilibrio (ossia, nel senso della inderogabilità della disciplina statale in quanto espressiva di valutazioni di equilibrio e bilanciamento tra interessi confliggenti che

---

*op. cit.* L'Autore sottolinea tuttavia altresì che: «se per un verso appare possibile immaginare (e la Corte costituzionale già ammette) tutele regionali *in melius*, per altro verso occorre tenere conto dei rischi connessi al c.d. *dumping* ambientale, che renderebbe meno competitivi quei territori che applicano una disciplina ambientale più rigorosa, e a quella che viene definita la sindrome *Nymbi* (Not in My Back Yard), e cioè la tendenza a non consentire sul proprio territorio l'esecuzione delle opere più pericolose dal punto di vista ambientale».

<sup>24</sup> Sentenza n. 225/2009, già citata in nota 21. Nello stesso senso, Corte Cost., 12 ottobre 2017, n. 212, secondo cui «La tutela dell'ambiente oggetto di detto parametro costituzionale, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, non costituisce una materia in senso tecnico, "dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze" (sentenza n. 407 del 2002). L'ambiente, dunque, è un valore "costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale" (sentenze n. 171 del 2012 e n. 407 del 2002; nello stesso senso, sentenza n. 210 del 2016). In questo modo, è possibile che "la disciplina statale nella materia della tutela dell'ambiente venga a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevata nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che concorrano con quella dell'ambiente" (sentenza n. 199 del 2014; nello stesso senso, sentenze n. 246 e n. 145 del 2013, n. 67 del 2010, n. 104 del 2008 e n. 378 del 2007)».

Più di recente, questa ricostruzione è stata riproposta nella sentenza 14 novembre 2018, n. 198.

<sup>25</sup> In argomento: P. COLASANTE, *op. cit.*; A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 164 ss..

competono al legislatore statale). Il punto fermo è comunque quello della inderogabilità *in peius*.

La Corte Costituzionale ha comunque avuto modo di ricordare come «vi è poi, nella disciplina ambientale, un ulteriore coinvolgimento delle Regioni in un’ottica cooperativa di integrazione e attuazione della disciplina statale e nel rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione. È talora la stessa legge statale a demandare alla legislazione regionale il completamento di aspetti specifici della tutela dell’ambiente. Ed è ciò che fa in generale l’art. 3 *quinquies* del d.lgs. n. 152 del 2006, che demanda alle Regioni (e alle Province autonome di Trento e di Bolzano) di adottare forme di tutela giuridica dell’ambiente più restrittive, qualora lo richiedano situazioni particolari del loro territorio, purché ciò non comporti un’arbitraria discriminazione, anche attraverso ingiustificati aggravii procedurali e sempre tenendo conto che i principi contenuti nel decreto legislativo indicato costituiscono le condizioni minime ed essenziali per assicurare la tutela dell’ambiente su tutto il territorio nazionale»<sup>26</sup>.

A mero titolo esemplificativo al fine di meglio comprendere le riflessioni che seguiranno, può menzionarsi la gestione dei rifiuti<sup>27</sup>; trattasi di un aspetto in relazione al quale si riscontra da un lato un rilevante contenzioso e, dall’altro, diversi casi di delega al legislatore regionale<sup>28</sup>. Innanzitutto, la questione *End of waste* (“EOW”), o cessazione della qualifica di rifiuto, su cui molto si è scritto e dibattuto<sup>29</sup>: di questa vicenda, si può in questa sede brevemente ricordare come il Consiglio di Stato, con la sentenza 28 febbraio 2018, n. 1229, abbia “sconfessato” l’interpretazione del Ministero dell’Ambiente<sup>30</sup>, affermando che solo lo Stato, in virtù della competenza statale di cui all’art. 117, c. 2, lett. s), può stabilire i criteri perché, appunto, un rifiuto cessi di essere tale e non sono ammesse valutazioni “caso per

<sup>26</sup> Corte Cost., 26 novembre 2018, n. 215.

<sup>27</sup> La disciplina dei rifiuti è parte integrante della materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”: così *ex multis* Corte Cost., 23 dicembre 2019, n. 289; Corte Cost. 26 novembre 2018, n. 215; Corte Cost., 24 giugno 2016, n. 154.

<sup>28</sup> A titolo esemplificativo, si può citare l’art. 196 del Codice Ambiente che fissa le competenze delle Regioni. In argomento, si veda A. CELELLA, *Il riparto di competenze legislative in materia di gestione dei rifiuti*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2019, pp. 201 ss..

<sup>29</sup> In argomento, si vedano, *ex multis*: E. FERRERO, *Lo sblocca End of Waste: molto rumore per nulla?*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2019, pp. 605 ss.; A. MURATORI, *L’irrituale riscrittura dell’art. 184-ter del TUA e le linee guida SNPA riaprono all’EoW accertata dalle Regioni*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2020 n. 3, pp. 189 ss.; A. MURATORI, *Autorizzazioni End of waste: lo sblocco arriva dalla conversione del Decreto “Salva imprese”*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2019 n. 11, pp. 800 ss..

<sup>30</sup> Di cui alla circolare n. 10045 del 1 luglio 2017.

caso". Tale situazione ha trovato poi una soluzione, almeno apparente, nella attuale formulazione dell'art. 184-ter del Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (nel proseguo, "D. Lgs. 152/06" o "Codice Ambiente"), con la riforma di cui all'art. 14-bis, c. 2, Decreto Legge 3 settembre 2019, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla Legge 2 novembre 2019, n. 128<sup>31</sup>: il legislatore statale ha dunque espressamente consentito alle autorità competenti di decidere – in assenza di criteri comunitari o criteri adottati attraverso uno o più decreti del Ministro dell' Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (nel proseguo, "MATTM") – caso per caso nell'ambito delle autorizzazioni di cui agli articoli 208, 209 e 211 e di cui al Titolo III-bis della Parte Seconda (ovvero l'Autorizzazione Integrata Ambientale) del Codice Ambiente<sup>32</sup>.

Un altro terreno di scontro da tempo tra Stato e Regioni è quello dei fanghi derivanti dal trattamento delle acque reflue, che possono essere utilizzati per lo spandimento in agricoltura. Si può menzionare in questa sede, per sommi capi, la discussione circa i limiti e le condizioni di ammissibilità e, in relazione a questo aspetto, la necessità di integrare le disposizioni di cui al Decreto Legislativo 27 gennaio 1992, n. 99 ("D. Lgs. 99/92").

Secondo un orientamento<sup>33</sup>, infatti, il D. Lgs. 99/92 va integrato con le disposizioni del Codice Ambiente. Successivamente, Regione Lombardia disciplinava tale aspetto con la delibera n. 7076 dell'11 settembre 2017, annullata poi dal TAR Lombardia 20 luglio 2018, n. 1782. La questione veniva successivamente discussa nell'ambito della conferenza Stato-Regioni che, l'1 agosto 2018, esprimeva il proprio parere favorevole su uno schema di decreto del MATTM per la modifica degli allegati al D. Lgs. 99/92. Nel frattempo, nel Decreto Legge 28 settembre 2018, n. 109 (il c.d. "Decreto Genova") veniva inserito l'art. 41 (recante «Disposizioni urgenti sulla gestione dei fanghi di depurazione»)<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Che ha fatto seguito alla modifica intervenuta con l'art. 1, c. 19, Decreto Legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55.

<sup>32</sup> Detta impostazione non è mutata con la riforma intervenuta con il Decreto Legislativo 3 settembre 2020, n. 116: in argomento, mi si consenta di rinviare a V. CAVANNA, *Sottoprodotti e cessazione della qualifica di rifiuto: quali novità con il D.Lgs. n. 116/2020?*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2020 n. 10, pp. 771 ss.

<sup>33</sup> Cass. Pen., Sez. III, 6 giugno 2017, n. 27958.

<sup>34</sup> In argomento, G. AMENDOLA, *Art. 41 del decreto Genova. Quel pasticciaccio brutto dei fanghi contaminati ad uso agricolo*, in *QuestioneGiustizia.it*, 21 dicembre 2018.

Il Consiglio di Stato<sup>35</sup> ha poi ritenuto che il D. Lgs. 99/92 non sia esaustivo e debba quindi essere integrato con la disciplina di cui al Codice Ambiente (con riferimento ai valori soglia di concentrazione di cui alla Tabella 1, colonna A, allegato 5, alla parte IV del d.lgs. n. 152/2006; l'applicabilità di detta tabella sarebbe confermata dall'art. 41 del Decreto Genova). Inoltre, per quanto di interesse ai fini del presente contributo, il Consiglio di Stato escludeva la possibilità per le Regioni di "adattare" i valori soglia (in aumento rispetto ai limiti previsti a livello statale); tale potere non era riconducibile a quello disciplinato dall'art. 6, n. 2 del D. Lgs. 99/92<sup>36</sup>, che non consente di derogare alla disciplina statale in un ambito di competenza esclusiva dello Stato<sup>37</sup>.

Recentemente, la Corte Costituzionale è intervenuta con la sentenza 15 maggio 2020, n. 88 (avente ad oggetto la Legge della Regione Basilicata 13 marzo 2019, n. 4), che afferma quanto segue:

(i) la disciplina della gestione dei rifiuti deve essere ricondotta alla «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», materia naturalmente trasversale, idonea perciò a incidere sulle competenze regionali;

(ii) in materia ambientale, il potere di fissare livelli di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale è riservato allo Stato, ferma restando la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali<sup>38</sup>;

(iii) la collocazione della materia ambientale tra quelle di esclusiva competenza statale «non comporta che la disciplina statale vincoli in ogni caso l'autonomia delle Regioni, poiché il carattere trasversale della materia, e quindi la sua potenzialità di estendersi anche nell'ambito delle competenze regionali, mantiene salva la facoltà

<sup>35</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 28 agosto 2019, n. 5920. In argomento, G. AMENDOLA, *Fanghi da depurazione in agricoltura. Il Consiglio di Stato conferma la Cassazione*, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria Alimentare e dell'Ambiente*, 2019 n. 5; A. MURATORI, *Il Consiglio di Stato insiste sul preteso rispetto delle CSC per i fanghi utilizzati in agricoltura*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2019 n. 10, pp. 701 ss..

<sup>36</sup> Secondo cui le Regioni «stabiliscono ulteriori limiti e condizioni di utilizzazione in agricoltura per i diversi tipi di fanghi in relazione alle caratteristiche dei suoli, ai tipi di colture praticate, alla composizione dei fanghi, alle modalità di trattamento».

<sup>37</sup> Il Consiglio di Stato afferma che detto potere «si riferisce a limiti «ulteriori» e quindi semmai più restrittivi, e non consente di derogare alla disciplina nazionale necessariamente uniforme in ambito riservato all'esclusiva competenza legislativa statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s) Cost. («tutela dell'ambiente, dell'eco- sistema e dei beni culturali»), che peraltro deve conformarsi a una disciplina eurounitaria (nel senso che spetta allo Stato l'individuazione di «(...) una disciplina unitaria ed omogenea che superi gli interessi locali e regionali, stabilendo "standard minimi di tutela", volti ad assicurare una tutela "adeguata e non ridicibile dell'ambiente", "non derogabile dalle Regioni" neppure se a statuto speciale, o dalle Province autonome», vedi Cons. Stato, Sez. IV 16 dicembre 2016, n. 5340; sulla scorta peraltro di quanto più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale, su cui vedi tra le tante e più recenti Corte cost. 10 aprile 2015, n. 58)»

<sup>38</sup> Sul punto si vedano *ex multis*: Corte Cost, 16 aprile 2019, n. 129; Corte Cost. 26 novembre 2018, n. 215.

delle Regioni di adottare, nell'esercizio delle loro competenze legislative, norme di tutela più elevate»<sup>39</sup>;

(iv) quanto all'utilizzo agronomico dei fanghi da depurazione, si rinviene la competenza regionale in materia di agricoltura<sup>40</sup>;

(v) posto che la normativa regionale oggetto d'esame fissa valori più restrittivi rispetto all'art. 41 del Decreto Genova, occorre procedere ad una doppia verifica: 1) se la Regione sia pervenuta ad un più elevato livello di tutela ambientale e 2) se sia rimasta nel "nocciolo duro" della propria competenza in materia di agricoltura.

(vi) tale verifica, nel caso di specie, ha esito negativo. Infatti, la competenza a stabilire i valori limite delle sostanze presenti nei fanghi di depurazione ai fini del loro utilizzo agronomico non può che spettare allo Stato, per insuperabili esigenze di uniformità sul territorio nazionale, sottese all'esercizio della competenza esclusiva di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.<sup>41</sup>, connesse anche alla necessità di una gestione integrata dei rifiuti<sup>42</sup>. La Regione deve dunque «attenersi all'esercizio della propria competenza a tutela della qualità delle produzioni agricole». Nel disciplinare la destinazione agronomica dei fanghi, la disposizione regionale impugnata viola, dunque, la competenza statale esclusiva in materia di gestione dei rifiuti.

### **3. La gestione degli aspetti ambientali durante l'emergenza Coronavirus.**

<sup>39</sup> Si vedano *ex multis*: Corte Cost., 17 gennaio 2019, n. 7; Corte Cost. 26 novembre 2018, n. 215; Corte Cost., 12 dicembre 2012, n. 278.

<sup>40</sup> «Nel disciplinare l'utilizzo agronomico dei fanghi di depurazione, la disposizione regionale impugnata dispiega i suoi effetti anche in materia di agricoltura, definita dalla giurisprudenza costituzionale come ambito materiale in cui è individuabile un "nocciolo duro", assegnato alla competenza residuale regionale, che «ha a che fare con la produzione di vegetali ed animali destinati all'alimentazione» (sentenze n. 250 del 2009, n. 116 del 2006, n. 282 e n. 12 del 2004)».

<sup>41</sup> «Tali esigenze di uniformità non discendono soltanto dalla necessità di applicare metodiche di valutazione e standard qualitativi che siano omogenei e comparabili su tutto il territorio nazionale, ma, non di meno, dal carattere integrato, anche a livello internazionale, del complessivo sistema di gestione e smaltimento dei rifiuti, al servizio di interessi di rilievo ultraregionale».

<sup>42</sup> «Le restrizioni introdotte dalla Regione Basilicata con la disposizione impugnata si traducono, infatti, nell'incremento della quantità di rifiuti, destinato a ripercuotersi sul complessivo sistema di gestione, recupero e smaltimento. Le medesime limitazioni regionali finiscono per gravare sulla complessiva capacità degli impianti di depurazione e trattamento, sui corpi idrici ai quali afferiscono le acque reflue dopo il trattamento, sui flussi interni e transfrontalieri di rifiuti destinati allo smaltimento».

L'emergenza Coronavirus, come anticipato, ha comportato l'intervento, a livello statale, per limitare le attività consentite, sospendendo tutte le altre (con una progressiva riapertura nella cosiddetta "Fase 2" a partire dal 18 maggio 2020), e per disciplinare le modalità di svolgimento di dette attività, anche per quanto concerne i profili di sicurezza sul lavoro<sup>43</sup>; a tali disposizioni si sono affiancate quelle dettate dalle Regioni e dalle Province autonome.

I profili di impatto sulle attività in materia ambientale sono pertanto stati molteplici<sup>44</sup>. Ciascuno di detti profili, peraltro, ha evidenziato le difficoltà nel rapporto Stato-Regioni.

Non solo: l'adozione di dette disposizioni – come quelle in materia di sicurezza sul lavoro – ha comportato la necessità di gestire la produzione dei rifiuti (in particolare i presidi individuali di protezione "usa e getta", come i guanti<sup>45</sup>). Si tratta in effetti di un problema che è sorto a livello mondiale, che deve essere gestito adeguatamente<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> La normativa emanata in via emergenziale a causa del Covid-19 è infatti intervenuta sugli obblighi del datore di lavoro, *inter alia*: (i) per le attività e i luoghi in cui il lavoro è consentito, prescrivendo misure specifiche di protezione, ulteriori rispetto a quelle indicate dal D. Lgs. 81/08 ed ampliando i destinatari delle misure prescritte; (ii) parificando espressamente il contagio da Covid-19 all'infortunio (art. 42, c. 2 del Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, della Legge 24 aprile 2020, n. 27 – "D. L. 18/20"); (iii) prevedendo l'obbligo di sottoporre i lavoratori maggiormente esposti a rischio contagio a sorveglianza sanitaria eccezionale (art. 83 del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34). In particolare, in data 14 marzo 2020 è stato sottoscritto, dalle organizzazioni sindacali e dalle associazioni datoriali, il «Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro». Tale Protocollo è stato, da ultimo, integrato il 24 aprile 2020 ed è dunque vincolante per tutte le imprese ai sensi di quanto previsto dal DPCM 11 giugno 2020 (confermato, da ultimo, dal DPCM 3 dicembre 2020).

Il predetto Protocollo condiviso prevede che il datore di lavoro adotti misure in 13 ambiti, tra cui si segnalano in particolare i seguenti: informazione specifica dei lavoratori e dei terzi; accertamenti e misure specifiche in sede di accesso; ingresso in azienda di lavoratori già risultati positivi all'infezione da Covid-19; operazioni di pulizia e sanificazione; misure di igiene personale; Dispositivi di Protezione Individuale ("DPI"). Si segnala altresì che le misure previste dal Protocollo sono «da integrare con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali», nonché con le disposizioni previste a livello regionale e locale.

<sup>44</sup> In argomento, si consenta di rinviare anche a V. CAVANNA, *La "fluidità" del rapporto tra fonti: poteri di Sindaci e Presidenti delle Regioni ai tempi del Covid-19*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2020 n. 5, pp. 479 ss.; V. CAVANNA, *Attività e procedimenti in materia ambientale: l'impatto del Covid-19*, in *Sistemicurezzaambiente.it*;

<sup>45</sup> A titolo esemplificativo, l'allegato 11 al DPCM 17 maggio 2020 ha previsto l'uso di guanti "usa e getta" nelle attività di acquisto, con particolare riferimento all'acquisto di alimenti e bevande. Le Linee Guida della Conferenza delle Regioni e delle province autonome (allegato 17 al DPCM 17 maggio 2020), hanno previsto: (i) per le attività di commercio al dettaglio: «in caso di vendita di abbigliamento, dovranno essere messi a disposizione della clientela guanti monouso da utilizzare obbligatoriamente per scegliere in autonomia la merce»; (ii) in relazione alle attività di ristorazione: «per i menù favorire la consultazione online sul proprio cellulare, o predisporre menù in stampa plastificata, e quindi disinfettabile dopo l'uso, oppure cartacei a perdere».

Con il DPCM 11 giugno 2020 è stato riproposto, all'allegato 11, l'utilizzo dei guanti. Le Linee Guida della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, in allegato 9, indicano la disinfezione delle mani come

### 3.1. La questione delle attività consentite e sospese.

Come detto al Paragrafo 2, l'attività amministrativa deve tenere in considerazione il principio di precauzione (temperato dal principio di proporzionalità), laddove ad esempio vi siano dubbi circa la possibile esistenza di rischi per la salute umana e per l'ambiente.

Peraltro, a tal riguardo va altresì ricordato come, oltre all'applicazione dei suesposti principi, è necessario tenere in giusta considerazione anche il principio dello sviluppo sostenibile<sup>47</sup>, che richiede un adeguato contemperamento tra le esigenze di tutela sanitaria e ambientale, la dimensione sociale e le esigenze di crescita economica, con un approccio integrato.

Non potendo analizzare in questa sede tale principio<sup>48</sup> (e le critiche ad esso formulate<sup>49</sup>), si vuole tuttavia ricordare come esso ruoti intorno ai concetti di equità intra- e inter- generazionale, intendendo la "sostenibilità" in senso multidimensionale, a ricomprendere gli aspetti economici, ambientali, demografici e sociali<sup>50</sup>, oltre che ai limiti delle risorse del pianeta. E proprio quello dell'equità è uno dei criteri attraverso i quali le misure di contenimento sono state valutate (come si vedrà al Paragrafo 5).

---

misura preferenziale rispetto all'uso di guanti monouso (analogamente quelle in allegato al DPCM 14 luglio 2020).

<sup>46</sup> N. SINGH - Y. TANG - O. A. OGUNSEITAN, *Environmentally Sustainable Management of Used Personal Protective Equipment*, in *Environ. Sci. Technol.*, 29 giugno 2020. Gli Autori affermano tra l'altro: « The sustainable management of PPE is a key challenge. The lack of a coordinated international strategy to manage the PPE production and waste lifecycle threatens to impact progress toward achieving key components of the United Nation's Sustainable Development Goals (SDGs), including SDG 3 good health and wellbeing, SDG 6 clean water and sanitation, SDG 8 decent work and economic growth, SDG 12 responsible consumption and production and SDG 13 climate action».

<sup>47</sup> Sulla base del c.d. Rapporto Brundtland del 1987, esso consiste in uno sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri.

<sup>48</sup> In argomento si vedano: M. MONTINI, *Profili di Diritto Internazionale*, in P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, vol. 1, pp. 9-100; F. FRACCHIA, *Principi di Diritto Ambientale e Sviluppo Sostenibile*, in P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, vol. 1, Cedam, Padova, 2012, pp. 559-608.

<sup>49</sup> *Ex multis*, S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, Feltrinelli, Milano, 2012.

<sup>50</sup> M. BAGLIANI – E. DANSERO, *Politiche per l'ambiente*, Utet, Novara, 2011, pp. 192-193.

Innanzitutto, al fine di comprendere l'impatto delle misure di contenimento sulle attività in materia ambientale, un primo profilo degno di nota è quello connesso alla limitazione, in linea generale, delle attività consentite nel Paese: infatti, le molteplici disposizioni che si sono susseguite (ed in particolare il Decreto Legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con Legge 5 marzo 2020, n. 13 – "D. L. 6/20"<sup>51</sup> ed il successivo Decreto Legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito con Legge 22 maggio 2020, n. 35 – "D. L. 19/20"<sup>52</sup>, con i relativi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri) hanno avuto lo scopo di limitare o precludere lo svolgimento di talune attività. Con i predetti Decreti Legge, peraltro, il legislatore nazionale ha cercato di "imbrigliare", almeno in parte, le "esuberanze" regionali. Le predette misure sono state adottate, oltre che sulla base del "principio di precauzione", anche sulla base dei "principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità", richiamati espressamente sia dal D.L. 19/20, sia dal D.L. 33/20<sup>53</sup>.

Con il D. L. 6/20 si è previsto che le autorità competenti potessero (ed in certi casi dovessero) adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica»<sup>54</sup>.

Ai sensi dell'art. 3, c. 1 del D. L. 6/20, le predette misure erano adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri; veniva fatta salva la possibilità

<sup>51</sup> La dottrina ha peraltro sottolineato che «il rapporto tra fonti sembra atteggiarsi in maniera molto fluida e magmatica, quasi che la necessità del contenimento dell'epidemia avesse - se non proprio azzerato - quantomeno allargato le maglie del riparto costituzionalmente fondato»: G. BOGGERO, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell'emergenza da COVID-19*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, Anno VII, 1, 2020, all'indirizzo [http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it/cms/images/pdf/numero1\\_2020/boggero.pdf](http://piemonteautonomie.cr.piemonte.it/cms/images/pdf/numero1_2020/boggero.pdf). In argomento, si consenta altresì di rinviare a V. CAVANNA, *La "fluidità" del rapporto tra fonti: poteri di Sindaci e Presidenti delle Regioni ai tempi del Covid-19*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2020 n. 5, pp. 373 ss.

<sup>52</sup> Secondo la pronuncia del TAR Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, le disposizioni di cui al D. L. 19/20 sono giustificate sulla base degli articoli 117 e 118 Cost., derogando sostanzialmente alle competenze concorrenti sulla base dell'attrazione in sussidiarietà.

<sup>53</sup> In argomento, M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, 11 marzo 2020.

<sup>54</sup> Tra le misure che potevano essere adottate vi sono le seguenti: divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva; chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità; sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare; sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dell'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile.

di adozione di ordinanze contingibili e urgenti da parte del Ministro della salute, nonché di provvedimenti d'urgenza da parte dei sindaci e delle Regioni.

In attuazione del D. L. 6/20, sono stati emanati il DPCM 23 febbraio 2020, il DPCM 25 febbraio 2020, il DPCM 1 marzo 2020, il DPCM 4 marzo 2020, il DPCM 8 marzo, il DPCM 9 marzo 2020 e il DPCM 11 marzo 2020 nonché il DPCM 22 marzo 2020<sup>55</sup>.

A titolo meramente esemplificativo, le attività consentite durante il culmine della fase emergenziale erano quelle dell'Allegato 1 al DPCM 22 marzo 2020, come modificato dal Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del 25 marzo 2020<sup>56</sup>.

Detto allegato conteneva una lista di attività elencate con i rispettivi Codici Ateco (tra cui, in particolare, le seguenti: Codice Ateco 36 - Raccolta, trattamento e fornitura di acqua; Codice Ateco 37 - Gestione delle reti fognarie; Codice Ateco 38 - Attività di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti; recupero dei materiali; Codice Ateco 39 - Attività di risanamento e altri servizi di gestione dei rifiuti).

Peraltro, le summenzionate disposizioni statali si sono tuttavia scontrate con la frequente volontà di un intervento di segno diverso da parte delle Regioni, che ha fatto dubitare della loro legittimità.

A tal proposito, il Consiglio di Stato, con il parere 5 aprile 2020, n. 735, nell'interpretare le disposizioni del D.L. n. 19/20, ha affermato in particolare che: «in presenza di emergenze di carattere nazionale, dunque, pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali».

<sup>55</sup> Ai predetti DPCM si sono affiancati provvedimenti dei sindaci, delle Regioni ed ordinanze del Ministero della salute.

<sup>56</sup> Il DPCM 22 marzo 2020 ha previsto la sospensione di tutte le attività produttive industriali e commerciali, ad eccezione di quelle indicate nell'allegato 1 del DPCM 22 marzo 2020 (modificato dal Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 25 marzo 2020, e salvo quanto disposto nel medesimo DPCM 22 marzo 2020, ad esempio in materia di attività professionali, nonché di attività commerciali. Restavano comunque consentite:

(i) le attività funzionali ad assicurare la continuità delle filiere delle attività di cui al predetto allegato 1, previa comunicazione al Prefetto della provincia ove è ubicata l'attività produttiva;  
 (ii) l'attività di produzione, trasporto, commercializzazione e consegna di farmaci, tecnologia sanitaria e dispositivi medico-chirurgici nonché di prodotti agricoli e alimentari;  
 (iii) ogni attività comunque funzionale a fronteggiare l'emergenza;  
 (iv) le attività degli impianti a ciclo produttivo continuo, previa comunicazione al Prefetto della provincia ove è ubicata l'attività produttiva, dalla cui interruzione derivi un grave pregiudizio all'impianto stesso o un pericolo di incidenti (fermo restando che comunque il Prefetto poteva sospendere le attività).

Il legislatore è intervenuto nuovamente in vista della “riapertura” delle attività del 18 maggio 2020 – la c.d. “Fase 2” – con il Decreto Legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito in Legge 14 luglio 2020, n. 74 (“D. L. 33/20”), con cui ha previsto – questa volta – una spiccata competenza regionale, anche di natura ampliativa o derogatoria rispetto a quella fissata a livello statale, in relazione alle attività economiche, produttive e sociali. Tale assetto è stato confermato con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 giugno 2020 (la cui validità è stata prorogata dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 luglio 2020 al 31 luglio 2020).

Anche in tale frangente le Regioni si sono dunque mosse “in ordine sparso”, rendendo necessario verificare, di volta in volta, se lo svolgimento di una determinata attività fosse consentito e a quali condizioni. Si è poi invece progressivamente registrato un certo “riaccentramento” con i provvedimenti successivamente emanati, con un inasprimento dello scontro tra lo Stato e le Regioni.

Da ultimo, si pensi al Decreto Legge 2 dicembre 2020, n. 158, in materia di limitazioni agli spostamenti nel periodo natalizio, che è stato adottato, secondo quanto lamentato dalle Regioni<sup>57</sup>, senza un previo confronto con le stesse: si è parlato, a tal riguardo, di un metodo che contrasta con lo spirito di leale collaborazione. Inoltre, i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 novembre 2020 e 3 dicembre 2020 hanno limitato l’esercizio di molteplici attività economiche, modulando le restrizioni in base al livello di rischio in cui si collochi una determinata Regione, sulla base di una classificazione stabilita caso per caso con ordinanza del Ministro della Salute<sup>58</sup>.

Come sottolineato dalla dottrina<sup>59</sup>, «la giurisprudenza amministrativa sviluppata nel periodo di contagio, proprio per salvaguardare la salute riferita alla collettività, ha teso a prediligere un’impostazione ispirata, oltre che al tradizionale ed irrinunciabile principio di proporzionalità, ai principi di prevenzione e di precauzione, giungendo a ritenere legittime una serie di misure, nonostante le stesse

<sup>57</sup> Si veda il comunicato stampa della Conferenza delle Regioni all’indirizzo <http://www.regioni.it/home/stupore-e-rammarico-per-metodo-governo-2686/>.

<sup>58</sup> Tuttavia, si veda l’ordinanza del Presidente della Regione Abruzzo 6 dicembre 2020, n. 106, con cui si stabilisce «l’applicazione delle misure restrittive di cui all’art. 2 del D.P.C.M. 3 dicembre 2020 su tutto il territorio della Regione Abruzzo con decorrenza immediata e sino a nuova Ordinanza del Ministro della Salute derivante dalle valutazioni della Cabina di Regia Nazionale».

<sup>59</sup> M. S. BONOMI *et al.*, *Diritti fondamentali e Covid-19*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2020 n. 5, p. 681.

comportassero una significativa compressione di diritti costituzionalmente tutelati, tra cui la tutela della salute del singolo».

A tal proposito, deve menzionarsi il recente decreto emesso dal TAR Piemonte del 3 dicembre 2020, che ha respinto un'istanza cautelare nell'ambito del giudizio avente ad oggetto l'annullamento dell'ordinanza del Presidente della Regione Piemonte del 28 novembre 2020, n. 132 (che ha disposto la sospensione dell'attività didattica in presenza in taluni casi). Il TAR ha motivato il proprio decreto proprio sulla base del principio di precauzione che – nonostante sia stato sancito per la materia ambientale dall'art. 191 TFUE – è stato ritenuto applicabile ad ogni ambito dell'attività posta in essere dai soggetti che governano e amministrano la cosa pubblica.

Tale situazione è andata a riflettersi anche sullo svolgimento delle attività in materia ambientale e soprattutto su quelle di volta in volta non espressamente consentite (come, ad esempio, in materia di bonifiche e indagini ambientali), con dubbi solo in parte fugati dalle disposizioni adottate in ambito statale e regionale (come si vedrà al Paragrafo successivo).

### **3.2. L'intreccio di interventi nella gestione degli adempimenti ambientali in tempo di Covid-19.**

Un altro profilo degno di nota da questo punto di vista è stato quello della gestione degli adempimenti e delle scadenze in materia ambientale, che ha visto l'avvicinarsi ed il sommarsi di diversi enti ed organi, a più livelli. Si è infatti intervenuti per sospendere o differire alcuni termini procedurali e le scadenze di tali adempimenti, sia sul piano statale che regionale. Ad intervenire, tuttavia, sono stati non solo gli organi legislativi, bensì svariati enti, con fonti differenti. E così, sul piano statale, si possono menzionare, in particolare:

(i) l'art. 103<sup>60</sup> del Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito in Legge 24 aprile 2020, n. 27 (c.d. "*Decreto Cura Italia*"), in materia di sospensione/differimento dei

---

<sup>60</sup> L'art. 103, c. 1 prevede: «1. Ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020. Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati.

termini dei procedimenti amministrativi e proroga delle scadenze delle autorizzazioni, applicabile anche ai procedimenti in materia ambientale;

(ii) la circolare n. 4 del 23 marzo 2020 dell'Albo Nazionale Gestori Ambientale ("ANGA")<sup>61</sup>;

(iii) la nota del 23 marzo 2020 del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ("MATTM") – Direzione Generale per il Clima, l'Energia e l'Aria, in materia di gas fluorurati)<sup>62</sup>;

(iv) la delibera n. 44 del 25 marzo 2020 del Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per la gestione delle attività di progetto del Protocollo di Kyoto in materia di "Emission Trading" ("ETS")<sup>63</sup>.

Sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento». Il termine del 15 aprile 2020 è stato poi prorogato al 15 maggio 2020 dal Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito in Legge, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, Legge 5 giugno 2020, n. 40. A norma dell'articolo 41, c. 1, del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77, il termine del 15 aprile 2020 previsto dal presente comma è prorogato al 30 novembre 2020.

L'art. 103, c. 2, nella versione risultante dalle modifiche intervenute da ultimo con la Legge 27 novembre 2020, n. 159, recita in particolare: «Tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, compresi i termini di inizio e di ultimazione dei lavori di cui all'articolo 15 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e la data della dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, conservano la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza. La disposizione di cui al periodo precedente si applica anche alle segnalazioni certificate di inizio attività, alle segnalazioni certificate di agibilità, nonché alle autorizzazioni paesaggistiche e alle autorizzazioni ambientali comunque denominate (...)).»

<sup>61</sup> In relazione all'art. 103 del Decreto Cura Italia, l'ANGA ha segnalato che, con riferimento alle iscrizioni all'ANGA stesso, «la norma va riferita a procedimenti in corso o ancora da aprire, pertanto sono esclusi dal suo campo d'applicazione:

- a) i procedimenti, pur rientranti nella suddetta finestra temporale, ma già conclusi in modo definitivo;
- b) le iscrizioni scadute nel periodo tra il 31 gennaio 2020 e la data di entrata in vigore del decreto legge 18/2020, per le quali non è stata presentata domanda di rinnovo».

Inoltre, «per i procedimenti riguardanti la variazione dell'iscrizione per incremento della dotazione veicoli non conclusi alla data del 23 febbraio 2020, o iniziati successivamente e fino al 15 aprile 2020, ai fini del computo dei previsti 60 giorni di validità delle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà non si tiene conto del periodo compreso tra le due date suddette».

<sup>62</sup> Il MATTM, con nota del 23 marzo 2020 recante «Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18. Applicazione dell'articolo 103, comma 2, in materia di rinnovo delle certificazioni rilasciate ai sensi del D.P.R. n. 146/2018 sui gas fluorurati a effetto serra», ha disciplinato le modalità per ottenere l'estensione della validità delle certificazioni, nonché l'aggiornamento del Registro nazionale delle persone e delle imprese certificate di cui all'art. 15 del Decreto del Presidente della Repubblica 16 novembre 2018, n. 146 (recante «Regolamento di esecuzione del regolamento (UE) n. 517/2014 sui gas fluorurati a effetto serra e che abroga il regolamento (CE) n. 842/2006»).

<sup>63</sup> Il Comitato ETS ha prorogato il termine per la trasmissione delle comunicazioni delle emissioni al 13 aprile 2020 per: 1) i gestori degli impianti che svolgono attività che non rientrano nell'allegato 1 al DPCM 22 marzo 2020 (si ricorda che l'allegato è stato sostituito dal Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 25 marzo 2020); 2) «quei settori di attività nei cui confronti siano eventualmente estese le misure urgenti di sospensione dell'attività del D.P.C.M. 22 marzo 2020» successivamente al 25 marzo 2020.

In ambito regionale, si è poi intervenuti, ad esempio, per differire taluni adempimenti in materia di Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA) ed Autorizzazione Unica Ambientale (AUA)<sup>64</sup>; come per disciplinare le modalità di svolgimento dei procedimenti<sup>65</sup>.

Merita un discorso a parte la gestione dei rifiuti<sup>66</sup>. Infatti, come si è visto al Paragrafo 2, la gestione dei rifiuti ha sovente costituito uno dei terreni di scontro tra Stato e Regioni per l'esercizio delle rispettive competenze; infatti, spetta allo Stato la competenza legislativa in materia ambientale e le Regioni possono intervenire solo laddove lo Stato glielo consenta (oppure, secondo le circostanze e con i limiti visti, nelle materie di propria competenza).

Durante l'emergenza Coronavirus, si è assistito, tra l'altro, ad un «quadro, non organico, di interventi legislativi statali in materia di ciclo dei rifiuti e tutela

---

Si è invece prevista la possibilità, per i gestori degli impianti che rientrano nell'allegato 1 al DPCM 22 marzo 2020, di comunicare le emissioni secondo modalità semplificate, ma con l'obbligo di integrare tale comunicazione secondo le modalità ordinarie entro il 13 aprile 2020.

<sup>64</sup> A titolo esemplificativo possono menzionarsi i seguenti provvedimenti:

(i) Regione Lombardia: Decreto n. 3430 del 17 marzo 2020 della Direzione Generale Ambiente e Clima recante «Misure temporanee e urgenti inerenti taluni adempimenti previsti in materia di Autorizzazione Integrata Ambientale (A.I.A.) ai sensi della Parte II del D.Lgs. 152/06» con cui si dispone: 1) il differimento al 31 ottobre 2020 del termine per adempiere, ai sensi dell'art. 29-decies c. 2 del D. Lgs. 152/06, alla comunicazione, mediante inserimento nell'applicativo "AIDA", dei dati sui controlli alle emissioni eseguiti secondo le prescrizioni delle AIA nel corso dell'anno solare 2019; 2) la sospensione sino al 31 ottobre 2020 dell'obbligo di compilazione dell'applicativo di Regione Lombardia 'Modulistica IPPC on line' in occasione della presentazione di istanze per il rilascio, riesame o modifica delle AIA; 3) sospensione fino al 30 aprile 2020 (salvo ulteriori disposizioni nazionali o regionali di carattere emergenziale) degli adempimenti sui controlli delle emissioni previsti nei Piani di monitoraggio delle AIA, con particolare riferimento a quelli che implicano il ricorso a personale esterno (società specializzate/laboratori) alle installazioni lombarde;

(ii) Regione Lazio: Determinazione numero G03098 del 22 marzo 2020, recante «Misure temporanee e urgenti inerenti taluni adempimenti previsti in materia di autorizzazione integrata ambientale (A.I.A.), ai sensi della Parte II del D.Lgs. 152/06», con cui si dispone: 1) il differimento al 31 ottobre 2020 del termine per adempiere, ai sensi dell'art. 29-decies, c. 2 del D. Lgs. 152/06, alla comunicazione dei dati sui controlli alle emissioni eseguiti secondo le prescrizioni delle AIA nel corso dell'anno solare 2019; 2) la sospensione fino al 30 aprile 2020, salvo ulteriori disposizioni nazionali o regionali di carattere emergenziale, degli adempimenti sui controlli delle emissioni previsti nei Piani di monitoraggio delle AIA, con particolare riferimento a quelli che implicano il ricorso a personale esterno (società specializzate/laboratori) alle installazioni.

<sup>65</sup> In Regione Lazio, si è spinto per una prosecuzione dei procedimenti amministrativi con lo svolgimento delle previste conferenze di servizi «privilegiando sempre il ricorso alla modalità ordinaria asincrona» e «ricorrendo alla modalità sincrona esclusivamente per i casi in cui essa è effettivamente necessaria ed imprescindibile» in videoconferenza (nota del 13 marzo 2020 recante «Misure statali e regionali in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in merito allo svolgimento delle conferenze di servizi ai sensi dell'art. 14-ter della L. 241/1990»).

<sup>66</sup> In argomento, si vedano: L. SALVEMINI, *Rifiuti ed emergenza sanitaria: l'(in)certeza normativa*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020 n. 3; G. AMENDOLA, *Classificazione e gestione di rifiuti costituiti da mascherine, guanti ed indumenti protettivi (DPI) utilizzati per Covid 19*, in *Diritto e Giurisprudenza Agraria Alimentare e dell'Ambiente*, 2020 n. 3.

dell'ambiente»<sup>67</sup>. Un primo intervento è stato quello di cui all'art. 113 del Decreto Cura Italia, che ha previsto la proroga al 30 giugno 2020 delle scadenze dei seguenti adempimenti:

a) presentazione del Modello Unico di Dichiarazione ambientale ("MUD") di cui all'articolo 6, comma 2, della Legge 25 gennaio 1994, n. 70;

b) presentazione della comunicazione annuale dei dati relativi alle pile e accumulatori immessi sul mercato nazionale nell'anno precedente, di cui all'articolo 15, comma 3, del Decreto Legislativo 20 novembre 2008, n. 188, nonché trasmissione dei dati relativi alla raccolta ed al riciclaggio dei rifiuti di pile ed accumulatori portatili, industriali e per veicoli ai sensi dell'articolo 17, comma 2, lettera c), del Decreto Legislativo 20 novembre 2008, n. 188;

c) presentazione al Centro di Coordinamento della comunicazione di cui all'articolo 33, comma 2, del Decreto Legislativo 14 marzo 2014, n. 49 (in materia di Rifiuti da Apparecchiature Elettriche ed Elettroniche – "RAEE");

d) versamento del diritto annuale di iscrizione all'ANGA di cui all'articolo 24, comma 4, del Decreto 3 giugno 2014, n. 120.

Tuttavia, va altresì menzionato il fatto che, "curiosamente", il Ministero dell'Ambiente ha invitato le Regioni a disciplinare la questione dei rifiuti sul proprio territorio con ordinanze contingibili e urgenti ex art. 191<sup>68</sup> del D. Lgs. 152/06<sup>69</sup>, fornendo le relative indicazioni con la circolare del 30 marzo 2020 «al fine di superare questo momento di forte criticità del sistema e consentire agli impianti la gestione di eventuali sovraccarichi, con il concreto rischio dell'interruzione del servizio». Tra i regimi straordinari che potevano essere adottati vi erano i seguenti:

<sup>67</sup> Così la proposta di relazione *Emergenza epidemiologica COVID-19 e ciclo dei rifiuti* presentata in data 8 luglio 2020 alla Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati (p. 98). Nella relazione, a cui si rimanda per un maggiore approfondimento, vengono analizzati in maniera critica gli interventi a livello statale e regionale in materia di gestione dei rifiuti durante l'emergenza Coronavirus.

<sup>68</sup> In argomento, si veda la Circolare del Ministero dell'Ambiente prot. 5982/RIN del 22 aprile 2016, secondo cui le ordinanze ex art. 191 «non possono essere adottate per raggiungere finalità differenti da quelle normativamente ammesse». Inoltre, in quanto strumenti *extra ordinem* aventi carattere residuale, esse «non possono derogare alle norme costituzionali, al diritto dell'Unione europea ed ai principi generali dell'ordinamento giuridico ivi inclusi i principi di cui alla parte prima del decreto legislativo n. 152 del 2006».

<sup>69</sup> Nel comunicato stampa del 27 marzo 2020, il Ministro Costa ha affermato tra l'altro che «le Regioni devono fare di tutto per una tempestiva quanto straordinaria gestione dei rifiuti, intervenendo con tutte quelle misure che sono di loro stretta competenza secondo l'articolo 191 del Codice ambientale. Come d'altronde hanno già fatto, per esempio, la Regione Emilia Romagna e Lazio e come sono certo che anche altre Regioni non tarderanno a fare»: all'indirizzo: <https://www.minambiente.it/comunicati/coronavirus-ministro-costa-su-gestione-rifiuti-stiamo-lavorando-di-concerto-con-iss-ispra>.

- i) incremento delle capacità di stoccaggio degli impianti;
- ii) possibilità di previsione di un deposito temporaneo di rifiuti fino ad un quantitativo massimo doppio di quello individuato dall'articolo 183, c. 1, lettera bb), punto 2 di cui al D. Lgs. 152/06, mentre il limite temporale massimo non può avere durata superiore a 18 mesi<sup>70</sup>;
- iii) modifica temporanea dell'autorizzazione dell'impianto di discarica.

Il MATTM ha infatti dato atto, tra l'altro, del fatto che «la complessa situazione emergenziale connessa al COVID 19 sta esercitando pressioni senza precedenti sulla società e sulla economia, incidendo altresì sulla garanzia di fornire i servizi essenziali alla cittadinanza». Le Regioni hanno così provveduto ad emanare ordinanze contingibili e urgenti ai sensi dell'art. 191 del D. Lgs. 152/06, disciplinando in modo vario la questione dei rifiuti<sup>71</sup> (ma non solo, anche in materia di bonifica)<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Il deposito temporaneo di rifiuti consiste nel raggruppamento di rifiuti effettuato, a certe condizioni, prima della raccolta nel luogo in cui gli stessi sono prodotti; esso costituisce un'ipotesi eccezionale riservata al produttore dei rifiuti rispetto alle forme di stoccaggio degli stessi. L'art. 183, c. 1, lett. bb) dispone, tra l'altro, che il deposito temporaneo è: «il raggruppamento dei rifiuti e il deposito preliminare alla raccolta ai fini del trasporto di detti rifiuti in un impianto di trattamento, effettuati, prima della raccolta, nel luogo in cui gli stessi sono prodotti, da intendersi quale l'intera area in cui si svolge l'attività che ha determinato la produzione dei rifiuti o, per gli imprenditori agricoli di cui all'articolo 2135 del codice civile, presso il sito che sia nella disponibilità giuridica della cooperativa agricola, ivi compresi i consorzi agrari, di cui gli stessi sono soci, alle seguenti condizioni: (...) 2) i rifiuti devono essere raccolti ed avviati alle operazioni di recupero o di smaltimento secondo una delle seguenti modalità alternative, a scelta del produttore dei rifiuti: con cadenza almeno trimestrale, indipendentemente dalle quantità in deposito; quando il quantitativo di rifiuti in deposito raggiunga complessivamente i 30 metri cubi di cui al massimo 10 metri cubi di rifiuti pericolosi. In ogni caso, allorché il quantitativo di rifiuti non superi il predetto limite all'anno, il deposito temporaneo non può avere durata superiore ad un anno (...)».

<sup>71</sup> A titolo esemplificativo, si possono dunque menzionare le seguenti ordinanze:

(i) Regione Emilia Romagna: ordinanza n. 43 del 20 marzo 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»;

(ii) Regione Basilicata: ordinanza 31 marzo 2020, n. 13 recante «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»;

(iii) Regione Molise: ordinanza n. 13 del 2 aprile 2020 avente ad oggetto «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.»;

(iv) Regione Veneto: ordinanza n. 41 del 15 aprile 2020 recante «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.».

<sup>72</sup> Regione Lombardia ha emanato l'ordinanza del Presidente della Giunta Regionale 1 aprile 2020, n. 520, recante «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». In particolare, le disposizioni adottate riguardano: (i) modalità di smaltimento dei DPI per Covid-19; (ii) possibilità di aumento capacità stoccaggi rifiuti; (iii) EOW: «nel caso in cui le autorizzazioni alla cessazione della qualifica del rifiuto prevedano un limite temporale entro il quale i prodotti da recupero rifiuti devono essere utilizzati o

Altrettanto “curiosamente”, poi, è intervenuto il legislatore statale, prevedendo, in sede di conversione del Decreto Cura Italia, un articolo 113-bis che ha introdotto la medesima disposizione di cui alla circolare di cui sopra per quanto concerne il deposito temporaneo<sup>73</sup>. Tale disposizione è stata poi abrogata dall’art. 228-bis del Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34, come convertito con modificazioni dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77 (c.d. “Decreto Rilancio”)<sup>74</sup>.

Infine, va dato atto del fatto che numerose sono state le previsioni e le raccomandazioni in materia di gestione e smaltimento dei rifiuti urbani. Infatti, uno dei problemi cagionati dalle disposizioni volte a fronteggiare l'emergenza Coronavirus – anche in materia di sicurezza sul lavoro di cui si è detto in precedenza – è quello dello smaltimento dei rifiuti costituiti dai DPI, come mascherine e guanti.

Sul punto vanno menzionati:

---

ceduti, tali limiti siano prorogati di 6 mesi, fatto salvo il mantenimento delle caratteristiche autorizzate per il prodotto”; (iv) deposito temporaneo di rifiuti; (v) bonifiche.

In relazione a tale ultimo aspetto, si prevede il mantenimento degli interventi di risanamento in corso, tra cui le misure di prevenzione e di messa in sicurezza d'emergenza, gli interventi di bonifica delle acque sotterranee, i monitoraggi ambientali e la gestione dei rifiuti derivanti da interventi di bonifica, nonché la custodia dei siti per le aree dismesse. A tal proposito, l'ordinanza dà atto del fatto che: “(...) sono arrivate numerose comunicazioni dai responsabili degli interventi di bonifica in corso sul territorio regionale, che informano circa la sospensione dei cantieri relativi a interventi di bonifica e/o messa in sicurezza dei suoli”, nonché della “necessità che vengano garantite le attività connesse alla bonifica dei siti contaminati la cui interruzione potrebbe generare impatti negativi per l'ambiente e per la salute”; inoltre, “per le acque sotterranee, è necessario garantire il mantenimento e l'ordinaria gestione degli interventi di messa in sicurezza e/o bonifica in corso, al fine di contenere e di evitare la diffusione della contaminazione al di fuori del sito”.

<sup>73</sup> Si è così previsto: «1. Fermo restando il rispetto delle disposizioni in materia di prevenzione incendi, il deposito temporaneo di rifiuti, di cui all'articolo 183, comma 1, lettera bb), numero 2), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, è consentito fino ad un quantitativo massimo doppio, mentre il limite temporale massimo non può avere durata superiore a diciotto mesi».

<sup>74</sup> Il Decreto Rilancio, come modificato, prevede anche:

- il rinvio al 1 gennaio 2021 dell'applicazione della c.d. “plastictax” (l'imposta sul consumo dei manufatti con singolo impiego, denominati “MACSI”, che hanno o sono destinati ad avere funzione di contenimento, protezione, manipolazione o consegna di merci o di prodotti alimentari) di cui all’art. 1, commi 634 e seguenti della Legge 27 dicembre 2019, n. 160 (art. 133);
- una deroga alle disposizioni in materia paesaggistica per la posa in opera di strutture amovibili per rispettare il distanziamento sociale (art. 181);
- l'istituzione di un “Sistema di qualità nazionale per il benessere animale” (art. 224-bis);
- l'istituzione di un sistema per la sostenibilità delle produzioni agricole (art. 224-ter);
- misure in materia di sostegno alle zone economiche ambientali (“ZEA”), di cui all’art. 227;
- disposizioni aventi ad oggetto la Commissione di valutazione dell'impatto ambientale VIA-VAS, di cui all’art. 228;
- l'obbligo per le imprese, che abbiano singole unità locali con più di 100 dipendenti ubicate in un capoluogo di Regione, in una Città Metropolitana, in un capoluogo di Provincia o in un Comune con popolazione superiore a 50.000 abitanti, di adottare un piano degli spostamenti casa-lavoro del proprio personale dipendente, nonché la nomina di un “mobility manager” (art. 229);
- misure in materia di liberalizzazione e semplificazione di procedimenti amministrativi in relazione all'emergenza Covid-19 (art. 264).

(i) il rapporto del Gruppo di lavoro ISS Ambiente e Gestione dei Rifiuti recante «Indicazioni *ad interim* per la gestione dei rifiuti urbani in relazione alla trasmissione dell'infezione da virus sars-cov-2. Versione del 14 marzo 2020» (Rapporto ISS COVID-19, n. 3/2020). In tale documento viene considerata la gestione di due tipi di rifiuti, e precisamente: 1) rifiuti urbani prodotti nelle abitazioni dove soggiornano soggetti positivi al tampone in isolamento o in quarantena obbligatoria; 2) rifiuti urbani prodotti dalla popolazione generale, in abitazioni dove non soggiornano soggetti positivi al tampone in isolamento o in quarantena obbligatoria;

(ii) il rapporto del Consiglio SNPA – ISPRA recante «Prime indicazioni generali per la gestione dei rifiuti – emergenza CoViD-19» del 23 marzo 2020, con cui si è fatto seguito al summenzionato Rapporto ISS COVID-19, n. 3/2020 e, fermo restando quanto individuato nelle disposizioni e raccomandazioni emanate dalle singole Regioni, sono state fornite considerazioni di carattere generale per la gestione dei rifiuti urbani.

Infine, l'art. 229-*bis* del Decreto Rilancio prevede:

a) che siano individuate misure da applicare durante il periodo dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e comunque non oltre il 31 dicembre 2020, volte a definire specifiche modalità di raccolta dei dispositivi di protezione individuale usati;

b) che il MATTM, sentito il Ministro della salute, definisca con proprio decreto i criteri ambientali minimi ai sensi dell'articolo 34 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, relativi alle mascherine filtranti e, ove possibile, ai dispositivi di protezione individuale e ai dispositivi medici al fine di favorire la sostenibilità ambientale e ridurre l'inquinamento causato dalla diffusione di dispositivi di protezione individuale monouso;

c) che si applichi la sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'articolo 255, comma 1-*bis*, del Codice Ambiente<sup>75</sup> in caso di abbandono di mascherine e guanti monouso.

A livello regionale e locale si è dunque provveduto a disciplinare detti aspetti, con ordinanze anche questa volta emesse ai sensi dell'art. 191 del D. Lgs. 152/06<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Il cui testo recita: «1-bis. Chiunque viola il divieto di cui all'articolo 232-ter è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro trenta a euro centocinquanta. Se l'abbandono riguarda i rifiuti di prodotti da fumo di cui all'articolo 232-bis, la sanzione amministrativa è aumentata fino al doppio». L'art. 232-ter dispone il divieto di abbandono di rifiuti di piccolissime dimensioni (quali anche scontrini, fazzoletti di carta e gomme da masticare).

#### 4. Oltre il Coronavirus: le proposte di “semplificazione” dei procedimenti ambientali (cenni).

La pandemia da Coronavirus non è ancora terminata, ma uno degli effetti che ha portato è quello di far tornare a parlare di “semplificazione”<sup>77</sup>.

Infatti, a livello mondiale, da più parti si segnala che il Coronavirus è stato un “pretesto” per tentare di allentare le maglie del diritto ambientale, ed in particolare quelle in materia di Valutazioni di Impatto<sup>78</sup>.

Così, anche in Italia si è tornati a parlare della necessità di “semplificare” la burocrazia e così anche alcuni procedimenti in materia ambientale. Peraltro, le esigenze di semplificazione caratterizzano la stagione delle riforme amministrative da ormai molti anni: esempio emblematico è costituito dalla c.d. “Riforma Madia”<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Come le seguenti ordinanze: (i) Regione Lombardia: la suindicata ordinanza n. 520 del 1 aprile 2020; (ii) Regione Molise: la suindicata Ordinanza n. 13 del 2 aprile 2020; (iii) Regione Veneto: la summenzionata Ordinanza n. 41 del 15 aprile 2020; (iv) Regione Umbria: Ordinanza 14 maggio 2020, n. 24 recante «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».

<sup>77</sup> In argomento, J. LUTHER – P. M. VIPIANA PERPETUA (a cura di), *Contributi in tema di semplificazione normativa e amministrativa*, POLIS WorkingPapers, Alessandria, 2013.

<sup>78</sup> L’International Association for Impact Assessment (IAIA) ha condotto a tal proposito un sondaggio, i cui risultati sono consultabili all’indirizzo <https://www.iaia.org/news-details.php?ID=122>. Il sondaggio è altresì citato da F. KOOP, *From the US to Brazil, countries use the pandemic as an excuse to ease environmental regulations*, in *ZME Science*, 25 giugno 2020, all’indirizzo <https://www.zmescience.com.cdn.ampproject.org/c/s/www.zmescience.com/science/countries-use-covid-environmental-regulations-52352/amp/>.

<sup>79</sup> A tal proposito, il parere del Consiglio di Stato 7 aprile 2016, n. 890, afferma tra l’altro: «L’intervento di riforma della disciplina generale della conferenza di servizi si inserisce in un processo di complessiva modernizzazione e di semplificazione dell’amministrazione, avviato con la legge n. 124 del 2015. 11.1 Con lo schema di decreto legislativo in esame si mira ad introdurre un nuovo modello generale di conferenza di servizi che possa rappresentare un significativo avanzamento sul piano della semplificazione dei procedimenti amministrativi. La conferenza di servizi è, difatti, uno dei principali strumenti di semplificazione introdotto in via generale nell’ordinamento dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 per velocizzare i meccanismi decisionali delle amministrazioni pubbliche quando sono coinvolti una pluralità di interessi». In argomento, M. BENEDETTI, *L’attuazione della nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017 n. 3, pp. 297 ss.. Si veda anche, in relazione ad ulteriori provvedimenti volti alla semplificazione amministrativa, il commento di E. GIARDINO pubblicato su *Giorn. Dir. Amm.*, 2017 n. 1, pp. 26 ss.

(si vedano la Legge 7 agosto 2015, n. 124 e il Decreto Legislativo 30 giugno 2016, n. 127), che ha in particolare modificato l'istituto della conferenza di servizi di cui agli articoli 14 e seguenti della Legge 7 agosto 1990, n. 241. In particolare, si è cercato di privilegiare (ma con alcune eccezioni) la conferenza di servizi in forma "semplificata" e "asincrona" (ossia senza riunioni con la presenza simultanea dei rappresentanti degli enti), con un termine preciso entro il quale gli enti debbono far pervenire la propria determinazione; l'assenza di detta determinazione, eccetto taluni casi, «equivale ad assenso senza condizioni» (art. 14-bis, c. 4).

Quanto alle misure da ultimo adottate, in questa sede, per esigenze di brevità, ci si limiterà a menzionare il Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, Legge 11 settembre 2020, n. 120. (c.d. "*Decreto Semplificazioni*"), che è intervenuto, tra l'altro, in materia di Valutazione di Impatto Ambientale ("*VIA*") e di realizzazione, in generale, di infrastrutture e impianti alimentati ad energia rinnovabile.

Nelle premesse al Decreto, si dà atto della «straordinaria necessità e urgenza di introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di responsabilità del personale delle amministrazioni, nonché di adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19».

In particolare:

(i) l'art. 50 ha "rimodellato" la VIA<sup>80</sup>, prevedendo, tra l'altro, una netta riduzione delle tempistiche per la verifica di assoggettabilità a VIA e per il procedimento di VIA (termini che, lo si ricorda, erano già, e sono tutt'ora, indicati come "perentori"<sup>81</sup>),

---

<sup>80</sup> Sulla base dell'art. 50, c. 3 del Decreto Semplificazioni, «Le disposizioni introdotte dal presente articolo si applicano alle istanze presentate a partire dal trentesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

<sup>81</sup> I termini per la VIA sono stati espressamente indicati come perentori dalla riforma di cui al Decreto Legislativo 16 giugno 2017, n. 104.

Da notare che, secondo la giurisprudenza amministrativa, i termini normativamente stabiliti per la conclusione del procedimento devono essere considerati ordinatori, qualora non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 13 novembre 2017, n. 5190).

nonché una specifica procedura per le opere ricomprese nel Programma Nazionale Integrato Energia e Clima (“PNIEC”)<sup>82</sup>;

(ii) l’art. 51 ha dettato «Semplificazioni in materia di VIA per interventi di incremento della sicurezza di infrastrutture stradali, autostradali, ferroviarie e idriche e di attuazione degli interventi infrastrutturali»<sup>83</sup>;

(iii) l’art. 56 ha dettato disposizioni per la semplificazione in materia di interventi su progetti o impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile.

Orbene, a tal proposito ci si chiede per quale motivo – se il fattore tempo è, senza dubbio, un elemento importante nell’ambito dello svolgimento delle attività economiche e produttive<sup>84</sup>, non sia stata prevista, in un’ottica di buon andamento ed

<sup>82</sup> L’art. 50 del Decreto Semplificazioni ha modificato l’art. 7-bis del Codice Ambiente con la seguente previsione: «Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, del Ministro dello sviluppo economico, del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, individua, con uno più decreti, successivamente aggiornati, ove necessario, con cadenza semestrale, le tipologie di progetti e le opere necessarie per l’attuazione del Piano Nazionale Integrato per l’Energia e il Clima (PNIEC), nonché le aree non idonee alla realizzazione di tali progetti o opere, tenendo conto delle caratteristiche del territorio, sociali, industriali, urbanistiche, paesaggistiche e morfologiche, con particolare riferimento all’assetto idrogeologico e alle vigenti pianificazioni, da sottoporre a verifica di assoggettabilità o a VIA in sede statale ai sensi del comma 2».

Il PNIEC è previsto dal Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018 «sulla governance dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio». Il PNIEC del dicembre 2019 è consultabile all’indirizzo [https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/PNIEC\\_finale\\_17012020.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/PNIEC_finale_17012020.pdf).

<sup>83</sup> Tra l’altro, in base all’art. 51, c. 1 del Decreto Semplificazioni, si prevede che con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottati entro il 31 dicembre 2020 su proposta del MATTM e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono individuati gli interventi urgenti finalizzati al potenziamento o all’adeguamento della sicurezza delle infrastrutture stradali, autostradali, ferroviarie e idriche esistenti che ricadono nelle categorie progettuali di cui agli Allegati II e II-bis, alla parte seconda del Codice Ambiente. In relazione ai predetti interventi, il proponente presenta al MATTM, dandone contestuale comunicazione al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (che nei successivi dieci giorni trasmette le proprie osservazioni al MATTM), gli elementi informativi dell’intervento e quelli del sito, secondo le modalità di cui all’articolo 6, c. 9, del Codice Ambiente, finalizzati a stabilire se essi devono essere assoggettati a verifica di assoggettabilità a VIA, a VIA, ovvero non rientrano nelle categorie di cui ai commi 6 o 7 del medesimo articolo 6 del Codice Ambiente. Il MATTM comunica al proponente l’esito delle proprie valutazioni entro trenta giorni dalla data di presentazione della richiesta.

<sup>84</sup> In argomento, il parere del Consiglio di Stato n. 929 del 15 aprile 2016, sulla rilevanza del “fattore tempo”, ha affermato che «tale fattore assume un ruolo centrale nel diritto amministrativo moderno, e si connette a principi fondamentali di rango costituzionale (quali l’efficienza e il buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., che vanno declinati ‘in concreto’ con una efficace scadenza temporale), ma anche sovranazionale (cfr. in particolare l’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che riconosce al cittadino un diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate dall’amministrazione pubblica, oltre che con imparzialità ed equità, anche “entro un termine ragionevole”). Inoltre, il ‘fattore-tempo’ assume un “valore

efficienza della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 97 Cost., la perentorietà dei termini già previsti per i diversi procedimenti ambientali (tra cui l'Autorizzazione Integrata Ambientale di cui agli articoli 29-*bis* e seguenti del Codice Ambiente), limitandosi invece ad accorciare ulteriormente le tempistiche in relazione alla VIA (con una riduzione dei tempi per gli enti e per i cittadini di esprimere le proprie valutazioni, con tutto ciò che ne consegue, anche in considerazione dei meccanismi di superamento dell'inerzia normativamente previsti).

## **5. La valutazione degli impatti delle misure anti-Coronavirus.**

Se, come visto, le misure anti-Coronavirus sono state volte alla tutela del diritto alla salute, si è posta peraltro l'esigenza di valutare l'opportunità di investigare gli impatti delle predette misure dal punto di vista della salute, intesa anche in senso "olistico", e del criterio dell'equità. Infatti, come si è detto in precedenza, la gestione dei rischi ambientali e sanitari, richiede l'applicazione del principio di precauzione (temperato dal principio di proporzionalità), nonché di quanto necessario per raggiungere uno sviluppo che possa dirsi "sostenibile".

In altri termini, v'è da chiedersi quali siano gli impatti delle disposizioni anti-Coronavirus sul benessere della popolazione, quindi non tenendo esclusivamente in considerazione gli aspetti strettamente economici o di salute intesa come assenza di malattia, al fine di comprendere i vantaggi e gli svantaggi delle predette disposizioni e di formulare raccomandazioni per un auspicato miglioramento delle stesse.

Peraltro, le indagini aventi ad oggetto le misure di contenimento si vanno ad inserire nell'ambito degli studi sulle disuguaglianze di salute (con ciò intendendosi, ad esempio, tassi sistematicamente più alti di malattia, disabilità, morte prematura tra le persone con livelli più bassi di istruzione, occupazione e reddito), che non hanno mancato peraltro di sottolineare come anche gli aspetti ambientali siano tra i determinanti della salute ed hanno analizzato le disuguaglianze ambientali<sup>85</sup>.

---

ordinamentale fondamentale" (cfr. già il parere dell'Adunanza Generale di questo Consiglio di Stato n. 141 del 1991) quale componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata ex art. 41 Cost.».

<sup>85</sup> WHO REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *Environmental health inequalities in Europe. Second assessment report*, Copenhagen, 2019.

A tal proposito, è opportuno in questa sede dare atto di alcuni lavori esemplificativi sull'argomento.

Innanzitutto, nel nostro Paese si segnala che il Servizio di Epidemiologia dell'ASLTO3 della Regione Piemonte ha ritenuto necessario intraprendere una *HealthInequalities Impact Assessment* ("HIIA") delle misure anti-Covid<sup>86</sup>. In sostanza, lo scopo è quello di comprendere «i principali meccanismi attraverso i quali lo status socioeconomico può mediare l'impatto sulla salute dell'attuale epidemia di coronavirus», al fine di evitarli o contrastarli con l'attivazione di politiche ed azioni appropriate. Infatti, si ritiene plausibile che la convinzione circa la "democraticità" del virus e la presunta universalità delle misure di distanziamento non sia del tutto vera<sup>87</sup>. In generale, infatti, vi sono molteplici studi che confermano che vi è un'associazione tra lo status socioeconomico e l'insorgenza di patologie o eventi avversi; nonché «un diseguale impatto sociale ed economico degli effetti recessivi prodotti da shock severi per le capacità produttive, la spesa pubblica e la sostenibilità finanziaria come quello atteso in conseguenza della pandemia». Si vuole dunque comprendere se e come le fasce più svantaggiate e fragili della società "paghino un conto più caro" dell'epidemia da Coronavirus. Tra i meccanismi che sono stati identificati vi sono la differente esposizione al rischio di contagio e la maggiore vulnerabilità delle persone con meno risorse. Per quanto concerne gli effetti indiretti, si segnalano le conseguenze sulla salute innescate dalla riorganizzazione straordinaria del sistema sanitario, nonché, più in generale, dagli effetti provocati dalla sospensione delle attività economiche e produttive e dalla chiusura delle scuole. A tal proposito, inoltre, si segnala che è stato anche avviato un progetto dall'OMS avente ad oggetto l'impatto del Covid-19 sui gruppi vulnerabili<sup>88</sup>.

Fuori dal nostro Paese, molto interessanti sono gli studi realizzati in Galles ed in Scozia.

---

<sup>86</sup> M. MARRA - G. COSTA, *Un healthinequalities impact assessment (HIIA) della pandemia di COVID-19 e delle politiche di distanziamento sociale*, in *E&P Repository*, 14 aprile 2020.

<sup>87</sup> Intal senso, sivedanoex multis: EUROPEAN CENTRE FOR DISEASE PREVENTION AND CONTROL, *Guidance on the provision of support for medically and socially vulnerable populations in EU/EEA countries and the United Kingdom during the COVID-19 pandemic*, Stoccolma, 2020; P. ALSTON, *The parlous state of poverty eradication. Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights*, 2 luglio 2020; MISTRA CENTER FOR SUSTAINABLE MARKETS (MISUM), *Sustainability, COVID-19 and staying focused on the longer term. A pandemic that strikes unequally and can prevent sustainability investments*, Stoccolma, 2020.

<sup>88</sup> Maggiori informazioni sono rinvenibili all'indirizzo <https://www.disuguaglianzedisalute.it/civ/>.

Per quanto concerne il Galles, *Public Health Wales* ha redatto un *executive summary* in relazione allo studio degli impatti, negativi e positivi, delle misure di *lockdown* (“Staying at home and Social Distancing Policy”) adottate in Galles il 23 marzo 2020 (tra cui il distanziamento sociale)<sup>89</sup>. Per studiare i predetti impatti è stata svolta una *Health Impact Assessment* – “HIA” (ossia la “Valutazione di Impatto sulla Salute”). Tra i determinanti che sono stati considerati vi sono l’economia, l’educazione, l’infanzia, l’ambiente ed i trasporti. Tra gli impatti positivi che le predette misure hanno avuto si registrano quelli sull’ambiente, la possibilità di conciliare lavoro e famiglia con l’*home working*, una maggiore propensione all’attività fisica. Tra gli impatti negativi, un aggravamento delle problematiche di salute mentale (soprattutto per determinate categorie di popolazione), esiti peggiori del contagio per alcune minoranze. La HIA ha altresì identificato una serie di opportunità per promuovere e proteggere la salute ed il benessere della popolazione, tra cui: un maggior utilizzo dell’*home working* e la promozione di un modello economico di sviluppo sostenibile. Lo studio conclude che certe categorie di popolazione (come le donne, i soggetti a basso reddito, certi lavoratori ed i bambini sono stati impattati negativamente). Molti degli impatti probabilmente aumenteranno le disuguaglianze di salute e sociali. E’ necessario pertanto un monitoraggio per comprendere meglio questi impatti nel lungo termine e per orientare le future decisioni. Infine, la risposta al (e la ripresa dal) Covid-19 richiedono un approccio integrato alla salute ed al benessere della popolazione, alle disuguaglianze di salute, allo sviluppo sostenibile, alla ripresa economica ed al cambiamento climatico.

In Scozia, lo *Scottish Health and Inequality Impact Assessment Network* (SHIAN) ha applicato una HIA rapida (qualitativa) per comprendere gli impatti delle misure di distanziamento sociale<sup>90</sup>, identificando innanzitutto alcune categorie di popolazione più vulnerabili (come ad esempio anziani, donne, bambini, soggetti a basso reddito, etc). Sono stati poi identificati numerosi meccanismi attraverso cui si possono

---

<sup>89</sup> L. GREEN - L. MORGAN - S. AZAM - L. EVANS - L. PARRY-WILLIAMS - L. PETCHEY - M. A. BELLIS, *A Health Impact Assessment of the ‘Staying at Home and Social Distancing Policy’ in Wales in response to the COVID-19 pandemic. Executive Summary*, Cardiff, 2020. In argomento, siveda anche L. GREEN - S. WOOD - M. A. BELLIS, *Rising to the triple challenge of covid-19, Brexit, and climate change*, in *BMJ* 2020;370:m2798.

<sup>90</sup> Si veda M. DOUGLAS - S. V. KATIKIREDDI - M. TAULBUT - M. MCKEE - G. MCCARTNEY, *Health Impacts of physical distancing measures in Scotland. Rapid Health Impact Assessment*, all’indirizzo [https://www.scotphn.net/wp-content/uploads/2015/11/HIA\\_social\\_distancing-LONG-VERSION-final.pdf](https://www.scotphn.net/wp-content/uploads/2015/11/HIA_social_distancing-LONG-VERSION-final.pdf). In argomento, siveda altresì M. DOUGLAS - S. V. KATIKIREDDI - M. TAULBUT - M. MCKEE - G. MCCARTNEY, *Mitigating the wider health effects of covid-19 pandemic response*, in *BMJ* 2020;369:m1557.

verificare gli impatti sulla salute: impatti dal punto di vista economico, isolamento sociale, interruzione dei servizi essenziali e scolastici, trasporti etc. In modo simile rispetto ai risultati raggiunti in Galles, lo studio sottolinea come gli impatti siano sofferti in misura maggiore da alcune categorie di popolazione rispetto ad altre; vengono dunque formulate alcune raccomandazioni (tra cui la necessità di proteggere le persone vulnerabili e salvaguardare i servizi essenziali e scolastici).

## 6. Prime considerazioni conclusive.

Come ormai noto, l'emergenza Coronavirus ha determinato una notevole espansione della tutela della salute (intesa solo come assenza di malattia) a scapito di altre libertà.

Per quanto concerne l'ambiente, in aggiunta agli interventi di carattere provvisorio ed emergenziale adottati che si è menzionato<sup>91</sup> ed agli studi scientifici aventi ad oggetto, ad esempio, il rapporto tra inquinamento atmosferico elevato e suscettibilità delle popolazioni all'infezione<sup>92</sup>, si è affermata l'esigenza di "semplificazione" per la ripresa dalle conseguenze del Covid-19.

---

<sup>91</sup> Vi è anche chi sostiene che «economia circolare, finanza sostenibile e PMI saranno, quindi, tra i protagonisti della ripresa economica dopo l'emergenza del coronavirus»: così T. RONCHETTI - M. MEDUGNO, *Ripresa post Covid-19 all'insegna della circolarità: le proposte del settore del recupero e riciclo carta e cartoni*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2020 n. 6, pp. 497 ss..

<sup>92</sup> Di cui dà atto nella proposta di relazione *Emergenza epidemiologica COVID-19 e ciclo dei rifiuti* di cui in nota 67. La predetta relazione afferma altresì che «ora si pone il tema di avviare la ricerca scientifica, l'elaborazione tecnologica e l'innovazione organizzativa delle imprese e della pubblica amministrazione verso soluzioni che portino alla riduzione della produzione di rifiuti e più in generale a investimenti sulla tutela dell'ambiente e sulla sostenibilità ambientale. Un insieme di processi che nel campo della tutela dell'ambiente e della regolazione ambientalmente sostenibile delle attività antropiche deve essere accompagnato, ben più di quanto non sia stato fatto nella fase dell'emergenza che è stata sin qui gestita, da iniziative normative di livello primario, secondario e di quadro, connotate da capacità di visione strategica» (pp. 139-140). Inoltre, «l'adeguatezza della produzione normativa andrà misurata sulla capacità di integrazione, tecnicamente e giuridicamente elevata, tra norme statali primarie, norme statali secondarie, normativa regionale» (p. 141) e «le norme derogatorie statali e le ordinanze derogatorie regionali dovranno essere superate; l'emergenza epidemiologica ha amplificato la diffusa richiesta di semplificazione, anche in materia di regolazione ambientale: l'accoglimento di istanze in tal senso che dovesse riguardare i procedimenti amministrativi dovrà essere ponderata e compensata da una adeguata pianificazione di controlli; i quali peraltro dovranno essere coordinati, tra agenzie di controllo ambientale, di controllo sanitario,

E allora, se dalle conseguenze del Covid-19 occorre riprendersi, quanto mai opportuna risulta anche una valutazione degli impatti che le misure adottate hanno avuto sulla salute (con un'ampia gamma dei determinanti della stessa) della popolazione.

Inoltre, si è sottolineato come la ripresa dal Covid-19 possa essere strettamente connessa alle prospettive di riforme per la *green economy* innescate dalla nuova programmazione europea di aiuti per fronteggiare l'emergenza pandemica<sup>93</sup>. Peraltro, si è altresì affermato che «gli interventi pubblici durante la pandemia del 2020 restano caratterizzati dall'emergenza, sono dedicati alle maggiori spese sanitarie, alle misure di sostegno sociale ai redditi colpiti, alla cassa integrazione e ai sussidi per tenere a galla le imprese, senza alcun particolare indirizzo green. Per poter valutare se vi sarà un indirizzo green effettivo della ripresa economica occorrerà attendere che, con la diffusione di vaccini efficaci, l'emergenza sanitaria sia stata superata e si vada oltre la distribuzione di sussidi e le spese sanitarie di emergenza. Perché ciò accada si arriverà al 2021, più la seconda parte che la prima. La nostra convinzione è che la transizione alla neutralità climatica, all'uscita dalla pandemia, possa avere un'accelerazione e che questa accelerazione potrebbe trascinare un vero e proprio Green Deal e aprire una nuova fase di sviluppo per la *green economy*»<sup>94</sup>. Né, dunque, ci si può ritenere soddisfatti per il semplice aumento degli acquisti di biciclette, incentivato dai provvedimenti anti-Covid<sup>95</sup>.

Si è cercato di dimostrare nel presente contributo come innumerevoli siano state le disposizioni che, in modo più o meno indiretto, hanno avuto un riflesso sulle tematiche ambientali; ciò ha esacerbato quell' "inflazione normativa" già lamentata dalla dottrina<sup>96</sup>. A fronte di quanto emerso, le presenti conclusioni non hanno la

---

polizie giudiziarie ordinarie e specializzate, per non gravare con "controlli su controlli" bensì razionalizzare l'intervento pubblico» (pp. 141-142).

<sup>93</sup> Il riferimento è in particolare al *Next Generation EU*, «concepito per rispondere alla crisi COVID-19 e alle sfide poste dalle transizioni verde e digitale», su cui si veda all'indirizzo <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/10/09/covid-19-council-agrees-its-position-on-the-recovery-and-resilience-facility/>. Si veda anche l'indirizzo [https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en) e la dichiarazione della Presidentessa della Commissione Europea Ursula von der Leyen all'indirizzo: <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2020/the-covid-19-recovery-needs-a-green-social-digitally-skilled-europe>.

<sup>94</sup> E. RONCHI (a cura di), *Relazione sullo stato della Green Economy*, Roma, ottobre 2020.

<sup>95</sup> Si veda l'articolo 229 del Decreto Rilancio.

<sup>96</sup> Come visto al Paragrafo 1.

pretesa di concludere, bensì di sollevare un interrogativo, che possa auspicabilmente costituire un utile spunto di riflessione.

Vero è che una certa complessità, per quanto concerne l'ambiente, è irriducibile, per la sua natura stessa. Tuttavia, ci si domanda se non sia tempo di (ri)pensare alla sistematizzazione della materia ambiente (e delle correlate competenze), a partire dalla sua concettualizzazione, da un lato in una più salda connessione al concetto olistico di salute e, dall'altro, con un approccio più ecologico, nonché integrato e sistemico alle diverse crisi in atto<sup>97</sup>, muovendosi nel solco di quanto richiesto per addivenire ad uno sviluppo che possa dirsi davvero sostenibile. Occorre infatti ricordare che, anche in tempo di crisi sanitaria, è necessario evitare interventi compartimentati che rischiano, come già ampiamente dimostrato in altri casi<sup>98</sup>, di nuocere ad altri aspetti, ottenendo risultati opposti a quelli auspicati<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> In argomento, M. MONTINI, *The double failure of environmental regulation and deregulation and the need for ecological law*. C-EENRG Working Papers, 2016-6, Cambridge, 2016, all'indirizzo: <https://www.ceenrg.landecon.cam.ac.uk/working-paper-files/wp10>.

<sup>98</sup> Si pensi alle problematiche poste dai biocarburanti, attraverso ad esempio la modifica dell'utilizzo delle terre. In argomento si vedano: A. FINCO (a cura di), *Biofuels economy and policy*, Milano, 2012; A. GORIA, *Le biomasse e la sfida climatica: nutrizione ed energia in conflitto?*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2015, supplemento al n. 7, pp. 49-54; J. ZIEGLER, *The Right to Food, Report of the Special Rapporteur on the Right to Food*, UN Doc. A/62/289, 2007.

<sup>99</sup> Le interconnessioni tra i diversi aspetti sono sottolineate anche all'indirizzo: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/making-the-green-recovery-work-for-jobs-income-and-growth-a505f3e7/>.

## LA NUOVA RIFORMA DELL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA.

Riflessioni a partire da Vezio Crisafulli: principio di legalità e giusto procedimento.

**Gian Paolo Dolso\***

**ABSTRACT**[ITA]: In relazione all'intervento legislativo relativo alla legge n. 241 del 1990, le considerazioni sviluppate prendono avvio da una risalente sentenza della Corte costituzionale: la sent. n. 13 del 1962. Da essa Vezio Crisafulli muoveva per delineare il concetto di giusto procedimento di cui tentava di individuare una radice costituzionale. Viene quindi esaminata la giurisprudenza costituzionale successiva onde verificare se vi siano stati passi in avanti nella direzione della costituzionalizzazione del giusto procedimento. La recente modifica della legge 241 ha arricchito il procedimento amministrativo di garanzie cercando di incidere soprattutto sui tempi di svolgimento del procedimento.

**ABSTRACT** [ENG]: *The paper takes cue from an important decision of the constitutional Court dating back over time (No. 13 of 1962). From that judgment Vezio Crisafulli moved to outline the concept of due process of law in the administrative procedure. The author tried to identify the constitutional basis of the concept of due process of law. Subsequent case law is then examined in order to verify whether there have been steps forward in the direction of the constitutionalisation of the due process of law in the administrative procedure. The recent amendment of law 241/1990 has enriched the administrative procedure with guarantees, in particular in relation to the timing of the procedure.*

**SOMMARIO:** **1.** La sentenza 13 del 1962 e la posizione di Vezio Crisafulli. – **2.** Cenni sulla giurisprudenza costituzionale successiva e sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – **3.** Le modifiche alla legge n. 241 del 1990. – **4.** Considerazioni a partire da recenti orientamenti della Corte costituzionale.

---

\* Professore associato di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Trieste. Il presente lavoro, rivisto per la pubblicazione, riprende il contenuto della Relazione tenuta nel corso del Convegno intitolato «La nuova riforma dell'attività amministrativa. Le modifiche alla Legge 241/1990 apportate con Legge dell'11 settembre 2020 n. 120 e le recenti novità in materia di contratti pubblici», organizzato dai Professori Sandro De Götzen e Giulia Milo, con la collaborazione ed il patrocinio dell'Ateneo di Trieste, del Comune di Trieste e della Rivista di Classe «A» AmbienteDiritto.it.

## 1. La sentenza 13 del 1962 e la posizione di Vezio Crisafulli.

Il riferimento del titolo di questo intervento al pensiero di Vezio Crisafulli deriva anche dal fatto che i suoi contributi dimostrano, se ce ne fosse bisogno, la contiguità tra studi costituzionalistici ed amministrativistici e l'utilità di un approccio alle problematiche relative al procedimento amministrativo che coniughi le prospettive delle due aree<sup>1</sup>. Una considerazione dell'attività amministrativa illuminata dal riferimento alle norme costituzionali è sicuramente una prospettiva che arricchisce l'azione amministrativa e, in particolare il procedimento amministrativo, sotto il profilo delle garanzie. E di questo Crisafulli dimostra di essere del tutto consapevole quando, prendendo spunto da una importante sentenza della Corte costituzionale, incentrò la sua riflessione sui nessi, non del tutto esplorati, tra principio di legalità, declinata per vero in modo inedito, e giusto procedimento, concetto ancora *in fieri* all'epoca.

Vezio Crisafulli in quella osservazione acuta come solo quelle dei grandi maestri sanno essere, si occupò quindi del *giusto procedimento* nel lontano 1962, muovendo da una sentenza della Corte che di quel principio appunto ragionava. In quella decisione si forniva una serie di indicazioni in relazione all'attività dell'amministrazione e ai requisiti che essa doveva rispettare quando apportasse limiti ai diritti dei cittadini. Di regola il legislatore deve enunciare ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso cui gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente limiti ai diritti. Il tutto però – proseguiva la Corte – attraverso un procedimento nell'ambito del quale si facessero gli opportuni accertamenti, ove trovasse spazio la collaborazione, anche con altri organi pubblici, e solo dopo aver messo i privati interessati in condizione di esporre le proprie ragioni nel corso del procedimento.

Ecco *in nuce* delineato il *giusto procedimento*, assunto però, nella ricostruzione della Corte, a «principio generale dell'ordinamento»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il riferimento è a V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss. prendendo spunto dalla sentenza della Corte cost. n. 13 del 1962.

<sup>2</sup> La Corte constatata che in molti casi il legislatore ha osservato tali principi e tali garanzie, ad esempio nella legge sulle espropriazioni per causa di pubblico interesse o nella legge urbanistica, ma è anche vero che in altri casi «ha derogato dall'esigenza di stabilire un giusto procedimento – basterà ricordare i piani regolatori approvati per legge»: così sent. n. 13 del 1962.

Già nelle primissime sentenze la Corte aveva toccato il punto dei rapporti tra pubblica amministrazione e diritti costituzionali. È fisiologico, aveva avuto modo di spiegare la Corte in una delle primissime sentenze, che nei casi di limitazioni di diritti, l'amministrazione disponga di una discrezionalità, «necessaria all'attività amministrativa», «perché le leggi e, tanto meno, la Costituzione non possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti»<sup>3</sup>. Tutto ciò a patto che la discrezionalità di cui l'amministrazione dispone non trasmodi nell'arbitrio: al fine di scongiurare tale rischio, veniva individuato l'«antitodo» nell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, funzionale a consentire il pieno esercizio del diritto di difesa. Si tratta di uno schema di giudizio ricorrente nel panorama giurisprudenziale a cominciare dalle primissime sentenze<sup>4</sup>.

Quello a cui la sentenza del 1962 non giungeva era appunto l'affermazione della natura costituzionale del giusto procedimento, rimarcando al riguardo che il legislatore statale non sia tenuto a rispettare il principio proprio in quanto inscrivibile tra i «principi generali dell'ordinamento».

Su questo Vezio Crisafulli si sofferma a più riprese, consapevole evidentemente della posta in gioco. Al riguardo non manca di rimarcare il nesso tra giusto procedimento e principio di legalità, inteso in una accezione particolare. Il principio in parola non viene visto, come da tradizione, come limite all'amministrazione, ma come un limite alla stessa legge, nel senso che essa «deve essere vincolata, di massima, ad avere un certo contenuto, disponendo in astratto e prevedendo (imponendo o consentendo) interventi amministrativi, concreti e specifici, congegnati e articolati in modo da offrire idonee garanzie a tutela del pubblico interesse ed insieme degli interessi privati coinvolti»<sup>5</sup>, attraverso appunto l'adozione di determinati moduli procedurali: ecco *in nuce* il nesso tra principio di legalità e giusto procedimento.

Sotteso a tutto il discorso vi è il necessario stacco, o iato, tra il disporre in generale (la legge) e il provvedere in concreto (il provvedimento amministrativo). La garanzia dei diritti, spiega l'Autore, non sta né nel principio di legalità, «tradizionalmente

<sup>3</sup> Corte cost., sent. n. 2 del 1956.

<sup>4</sup> In questo senso, oltre alla già citata sent. n. 2 del 1956, cfr. anche la sent. 11 del 1965.

<sup>5</sup> V. CRISAFULLI, op. cit., 131. L'Autore è consapevole della novità dell'approccio, al riguardo rilevando che il principio di legalità viene riguardato, «attraverso una significativa inversione di termini, dal punto di vista *dei limiti alla legge*, anziché di quello abituale e corrente, *dei limiti all'amministrazione*».

inteso come subordinazione dell'amministrazione alla legge», né nel principio della riserva di legge, ma proprio nello stacco tra legge e provvedimento che, solo, consente di esperire gli opportuni «rimedi, in sede amministrativa e in sede giurisdizionale» e, in definitiva, di garantire la «raffrontabilità» dell'atto alla norma che lo prevede, in difetto di cui «sarebbe praticamente vanificato lo stesso principio di legalità, assunto nel suo più pregnante significato garantista»<sup>6</sup>. Se questo è vero non pare azzardato sostenere che, accanto ad una riserva di giurisdizione, «esista nel nostro ordinamento anche una riserva di amministrazione: entrambe corollario del principio tendenziale della divisione dei poteri come distinzione [...] e differenziazione funzionale ed istituzionale tra il porre norme (in astratto ed in generale) ed il concreto provvedere, nei casi e ricorrendo i presupposti e nelle condizioni e nei modi anticipatamente previsti»<sup>7</sup>.

A favore della tesi di tale riserva l'Autore svolge un ulteriore ordine di considerazioni. Lo stacco tra porre norme in astratto e il concreto provvedere (stacco in cui si sostanzia il principio di legalità) può trovare radice in due principi costituzionali. In primo luogo, nell'art. 3, «la regola del giusto procedimento rappresentando un possibile sviluppo del principio di eguaglianza dinanzi alla legge» (principio quindi non da intendersi solo alla stregua di un divieto di leggi personali). In secondo luogo, viene richiamato l'art. 97 Cost., riferendosi il principio di imparzialità in esso consacrato non solo all'«apparato organizzativo», ma anche alla «funzione ad esso attribuita»<sup>8</sup>.

Ne viene allora anche il principio del *giusto procedimento* avrebbero rango costituzionale proprio perché «implicito nel combinato disposto degli artt. 3 e 97 Cost.»<sup>9</sup>. Si tratta poi di una lettura costituzionalmente orientata che si giova anche dell'apporto altre norme costituzionali tra cui l'art. 70 Cost.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> V. CRISAFULLI, op. cit., 133. Del resto lo stacco tra il disporre in astratto e il provvedere in concreto è un punto che viene sviluppato da V. CRISAFULLI anche nelle *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 74 ss. ove l'Autore illustra una serie di argomenti di natura «costituzionale» al fine di suffragare l'idea di una riserva di amministrazione, muovendo proprio dalla «separazione tra competenza a disporre in generale e in astratto, e competenza a provvedere in concreto», evocando al riguardo soprattutto gli artt. 97 e 113 della Costituzione.

<sup>7</sup> V. CRISAFULLI, op. cit., 135.

<sup>8</sup> V. CRISAFULLI, op. cit., loc. ult. cit. Si tratta di due spunti senza dubbio interessanti soprattutto per quanto concerne il poco esplorato nesso tra principio di eguaglianza e attività amministrativa, su cui l'Autore si limita a richiamare l'attenzione traendone ad ogni modo significative conseguenze. Ove infatti fosse confermato il nesso e «il principio del giusto procedimento fosse realmente da considerare implicito nel combinato disposto degli artt. 3 e 97 Cost., esso dovrebbe dirsi dotato di valore formalmente costituzionale».

<sup>9</sup> V. CRISAFULLI, op. cit., loc. ult. cit. È anche vero che, prudentemente Crisafulli allude all'art. 3 come matrice del giusto procedimento declinandolo come *possibile* sviluppo; si tratta di dubbi che riguardano anche l'art. 97

Il discorso tuttavia non rimane sul piano astratto o dei principi: da queste premesse l'Autore trae una serie di conseguenze in relazione alla necessità che l'azione amministrativa si debba conformare a determinate modalità procedurali. Molto interessante –e gravido di significato- è il passaggio ove viene rimarcata una certa quale contiguità tra procedimento giurisdizionale e procedimento amministrativo: in questo contesto Crisafulli fa riferimento a un corredo di garanzie inerenti allo stesso farsi dell'atto amministrativo, ai vari momenti del procedimento culminante nell'atto finale.

Si tratta di un fascio di garanzie che viene via via squadernato. In primo luogo si ragiona di garanzie per gli interessati, che devono essere assicurate nello stadio di formazione degli atti. Il riferimento è anzitutto alla tutela del contraddittorio (variamente modulato) e al conseguente diritto di esporre le proprie ragioni davanti all'autorità amministrativa. In questo contesto si allude alla possibilità – che dovrebbe essere garantita – di chiedere (ed eventualmente ottenere), anche nello stadio di formazione degli atti, la rimozione degli stessi<sup>11</sup>. Si fa ancora riferimento alla facoltà di presentazione di istanze preventive rispetto all'atto terminale del procedimento e addirittura, per lo meno in certi casi, a possibilità di *partecipazione* al procedimento, anche se con particolare riferimento alla partecipazione di rappresentanti delle categorie degli interessati nell'ambito di procedimenti ove tali categorie vantino un particolare interesse, come del resto è stato riconosciuto anche da una risalente pronuncia della stessa Corte costituzionale ove appunto era emerso chiaro, anche se non generalizzato, il principio di partecipazione al procedimento amministrativo<sup>12</sup>.

---

Cost. Si tratta di elementi che, se sono in grado di mettere in dubbio la sussistenza di una riserva in favore dell'amministrazione, come apparato, non sembrano frapporre limiti al divieto «alla legge di farsi, essa, concreto provvedimento per singoli casi dell'esperienza reale, sopprimendo quello *hiatus* tra norma e azione che condizionerebbe [...] la piena ed effettiva realizzazione del principio di legalità».

<sup>10</sup> In particolare, si osserva che in relazione a determinate posizioni soggettive, per lo meno quelle di cui agli artt. 13, 14, 15, 16, 21 e 42 «risulta certamente che limitazioni ai diritti da essi rispettivamente garantiti possono essere apportate soltanto con atto concreto (secondo i casi, di autorità amministrative o di autorità giudiziarie) e nelle condizioni e nei modi astrattamente previsti in generale dalle norme di legge»: così ancora V. CRISAFULLI, op. cit., 138, 139.

<sup>11</sup> È assai interessante osservare che l'ultimo punto toccato, che muove del resto da un passaggio della sentenza n. 13 del 1962, sembra presupporre uno scenario in qualche modo analogo a quello che fa da sfondo all'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990, nella misura che sembra implicare la conoscenza, da parte del destinatario dell'atto, del possibile esito negativo (per l'istante), circostanza che è stata come noto formalizzata nella previsione legislativa appena richiamata. Ancora V. CRISAFULLI, op. cit., 141.

<sup>12</sup> Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 4 del 1958. In quella sentenza la Corte rilevava come fosse opportuno che la funzione amministrativa fosse esercitata in base a criteri tecnici e secondo una procedura che escludesse la

## 2. Cenni sulla giurisprudenza costituzionale successiva e sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

La giurisprudenza costituzionale non ha coltivato a fondo gli spunti della sentenza del 1962, anche se ha in più occasioni insistito sulle caratteristiche del giusto procedimento. In una prospettiva generale il procedimento stesso viene definito come «quella forma di produzione dell'atto che rinviene il suo marchio distintivo nel rispetto del contraddittorio: *audiatur et altera parte*», soggiungendo, pur con particolare riferimento a una tipologia particolare di procedimenti amministrativi, che il contraddittorio è «indefettibile regola di formazione delle sanzioni disciplinari»<sup>13</sup>.

Ancora con riguardo ai procedimenti disciplinari, in particolare con riferimento a quello che si svolge di fronte alla Consob, la Corte non ha mancato di rimarcare che vanno assicurati il diritto di difesa, l'imparzialità dell'azione amministrativa, la trasparenza del procedimento, anche attraverso la puntuale contestazione degli addebiti e la conoscenza dei fatti o atti su cui essi si fondano, dati questi immancabili a prescindere dalle esigenze sottese al procedimento posto in atto<sup>14</sup>.

In altre pronunce, in particolare relative allo *spoilsystem*, si è addirittura esplicitamente fatto riferimento al *diritto di difesa* come diritto che deve essere

---

mera discrezionalità della P.A. Nel caso si trattava di un dPR emanato «su proposta del Ministro per l'agricoltura e le foreste di concerto con il Ministro per l'industria ed il commercio, sentito il Comitato previsto dal successivo art. 4»: si trattava di un comitato composto di persone qualificate dal punto di vista tecnico, nominate dal Ministro per l'agricoltura e le foreste, sentite «le organizzazioni di categoria». Consultare le organizzazioni, nel caso, dei produttori, equivale a consentire la *partecipazione* di tali categorie al procedimento amministrativo. I provvedimenti di cui si discorreva in quella decisione, di carattere marcatamente tecnico, erano circondati, nello stesso stadio della loro formazione, da garanzie, anche di pubblicità, intese ad evitare arbitri e a dare comunque agli interessati la possibilità di chiederne ed ottenerne legalmente la rimozione. Tra le righe sembra emergere pure una esigenza, pur embrionale, di *trasparenza*, dell'azione amministrativa.

<sup>13</sup> Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 204 del 1982. Si tratta di affermazioni che la Corte ha per lo più correlato allo svolgimento di procedimenti disciplinari.

<sup>14</sup> La Corte al riguardo ha modo di ribadire che nessun principio, anche se attinge a quelli più elevati di tutela giuridica, può giungere a legittimare la sostanziale segretezza nei confronti dell'interessato dei documenti che fondano il procedimento disciplinare a suo carico: in questo senso Corte cost., sent. n. 460 del 2000. Per una vigorosa riaffermazione del diritto di difesa nell'ambito del procedimento disciplinare si veda, più di recente, Corte cost., sent. n. 87 del 2009 e sent. n. 112 del 2014. Interessante anche il caso in cui le «garanzie procedurali poste a presidio del diritto di difesa» sono state ritenute «strumentali al buon andamento dell'amministrazione» (richiamandosi sul punto anche la sentenza della Corte n. 126 del 1995): il caso è stato deciso con la sent. n. 268 del 2016.

assicurato al dirigente in occasione della sua eventuale cessazione in un momento anteriore alla scadenza contrattualmente prevista<sup>15</sup>.

A forme di partecipazione al procedimento la Corte ha poi fatto riferimento in relazione alla garanzia costituzionale della proprietà privata con riguardo soprattutto alla legislazione urbanistica a partire dalla fine degli anni '50. Al riguardo si è pure ipotizzata una limitata costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento sulla base dell'art. 42 della Costituzione, non escludendo, in alcuni casi, che quel principio potesse dirsi rispettato anche all'interno di un procedimento culminante in un'approvazione legislativa<sup>16</sup>.

Anche di recente, quando la Corte è intervenuta per sanzionare una legge regionale a contenuto provvedimentale, lo ha fatto richiamando la valenza garantistica del giusto procedimento, «aperto al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati», nutrito di adeguata istruttoria, di ponderazione degli interessi emersi nella sequenza procedimentale, il tutto in vista del «perseguimento dell'interesse pubblico in coerenza con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa», che trova evidentemente spazio anche nell'ambito dell'attività amministrativa nel suo farsi atto<sup>17</sup>. È interessante osservare che, nel caso di specie, il procedimento amministrativo complesso previsto dalla legge per l'adozione del piano non era stato posto in essere nonostante svariati tentativi in questo senso, i quali erano andati a vuoto. La Regione quindi aveva ritenuto necessario intervenire con legge in definitiva per surrogare una inerzia della pubblica amministrazione. Il che evidenzia una delle criticità su cui per vero la novella alla legge 241 tenta in vari modi di porre rimedio: la garanzia di tempi *ragionevoli* dell'azione amministrativa.

A tratti riemerge, nello sviluppo di queste linee giurisprudenziali, l'intuizione di Vezio Crisafulli in relazione alla contiguità tra procedimento giurisdizionale e procedimento amministrativo. Espressamente ad esempio la sentenza n. 85 del 2013 constata come risulti «incerta la linea divisoria tra provvedimenti cautelari funzionali al processo, di competenza dell'autorità giudiziaria, e provvedimenti di prevenzione generali, spettanti all'autorità amministrativa». Di "sensibile accostamento" tra i due

<sup>15</sup> In questo senso Corte cost., sent. n. 246 del 2011. Ma sulla stessa linea cfr. anche Corte cost., sent. n. 103 del 2007, che espressamente fa riferimento alle regole del giusto procedimento.

<sup>16</sup> Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 143 del 1989: nel caso si trattava di una legge-provvedimento regionale.

<sup>17</sup> Il riferimento è a Corte cost., sent. 66 del 2018, relativa all'adozione con legge di un piano regolatore dell'attività di cava (Prac) adottato con legge dalla Regione Veneto, legge dichiarata incostituzionale dalla Corte nell'occasione.

tipi di procedimento ragiona in altra occasione la Corte<sup>18</sup>. Le matrici di tali orientamenti sono profonde, se è vero che già Hans Kelsen, nel suo saggio sulla giustizia costituzionale, ipotizzava una estensione delle garanzie del procedimento giurisdizionale al procedimento propriamente amministrativo<sup>19</sup>.

Si tratta di un orientamento che è stato sviluppato ampiamente dalla giurisprudenza di Strasburgo, ove viene posta una particolare enfasi sul giusto procedimento nell'ambito di procedimenti amministrativi, anche (e soprattutto) mutuando principi che si sono sviluppati con riguardo ad attività propriamente giurisdizionali.

Nella giurisprudenza di Strasburgo sono state in diverse occasioni rimarcate le innegabili assonanze tra procedimenti amministrativi e procedimenti giurisdizionali, assonanze che conducono ad una estensione delle garanzie tipiche dell'attività giurisdizionale all'attività di tipo amministrativo. A mero titolo di esempio, in relazione ad un procedimento amministrativo relativo ad un caso di aborto, che indubbiamente coinvolge l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte ha avuto modo di sottolineare che nel procedimento amministrativo che tocca i diritti della persona va assicurato al destinatario del provvedimento per lo meno il diritto ad essere sentito da parte della pubblica autorità<sup>20</sup>. Criteri procedurali di origine sovranazionale divengono di conseguenza criteri di valutazione (anche) dell'azione statale (e, in particolare, della legge che tale azione disciplina). Il diritto ad essere ascoltato diviene solamente un tassello di un procedimento che deve essere ispirato alle regole del *due process of law*, un procedimento in cui il destinatario deve esser informato e ascoltato, deve avere un trattamento equo sulla base di un procedimento amministrativo imparziale, trasparente, tempestivo.

<sup>18</sup> Ad esempio, Corte cost. sent. n. 460 del 2000.

<sup>19</sup> Il riferimento è ad H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milano, 1981, 161 ss., secondo cui la distinzione che correntemente viene fatta tra giurisdizione e amministrazione poggia sull'«errata ipotesi» che tra le due attività «esista, dal punto di vista giuridico, cioè della teoria o della tecnica giuridiche, una differenza di natura».

<sup>20</sup> Il riferimento è a Corte Edu, *Tysiac c. Polonia*, 20 marzo 2007, in tema di aborto, secondo cui, pur non contenendol'art. 8 della Convenzione specifiche prescrizioni procedurali, «it is important for the effective enjoyment of the rights guaranteed by this provision that the relevant decision-making is fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by it». Ma sulla stessa linea si veda pure Corte Edu, *Baczowski e altri c. Polonia*, 7 maggio 2007. Sul diritto ad essere sentito insiste esplicitamente Corte Edu *Credit e Industrial Bank c. Repubblica Ceca*, 21 ottobre 2003. Ulteriori indicazioni, sul punto, in M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

L'art. 6 della CEDU, che riguarda le regole del giusto processo, è stato più volte utilizzato per trapiantare tali regole nell'ambito di procedimenti amministrativi di vario tipo, soprattutto con riguardo alla necessità, per il destinatario del procedimento, di essere sentito: sull'applicazione dell'art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativi la dottrina si è da tempo per vero autorevolmente espressa<sup>21</sup>.

Ma a questo punto la strada, se non verso la costituzionalizzazione (pur in certi casi adombrata dalla Corte costituzionale)<sup>22</sup>, verso almeno l'assunzione del fascio di garanzie procedimentali compendiate nella locuzione di *giusto procedimento* a parametro di legittimità delle leggi appare compiuto. Ciò sulla base di vari principi costituzionali, non escluso l'art. 111 Cost., letti sulla scorta della simmetria tra procedimenti giurisdizionali e provvedimenti amministrativi che, se consente alla Corte di Strasburgo un'opera di progressiva estensione delle garanzie di cui soprattutto all'art. 6 della Convenzione ai procedimenti amministrativi, d'altra parte fa sì che tali principi, così come appunto letti dalla giurisprudenza di Strasburgo, costituiscano altrettanti parametri di legittimità costituzionale delle leggi sulla base

<sup>21</sup> In questo senso, S. CASSESE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 113 ss. Si noti, per inciso, che tale fascio di diritti che fanno capo al giusto processo erano stati riconosciuti anche nel sistema dell'Unione europea ancora molto prima della Carta dei diritti dell'Unione europea, ad opera della Corte di giustizia, quando essa riconobbe nel *due process* un principio generale comune agli ordinamenti che fanno parte della comunità europea: in questo senso già Corte di Giustizia, *Transocean Marine Paint Association*, C. 14/74.

<sup>22</sup> In uno dei non frequenti casi in cui la Corte costituzionale ha adottato simile prospettiva, ha avuto modo di osservare che ai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa va riconosciuto lo *status* di principi generali in quanto principi «diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, 1° comma Cost.) sia la tutela di altri interesse costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (art. 24 e 113 Cost.)»: così Corte cost., sent. n. 310 del 2010, che conclude osservando che «la giusta e doverosa finalità di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, non è in alcun modo compromesso dall'esigenza che l'amministrazione procedente dia conto, con apposita motivazione, dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato la decisione con riferimento alle risultanze dell'istruttoria». In precedenza cfr., tra le altre, Corte cost., sent. n. 104 del 2007. Più di recente qualche significativo spunto, nel senso indicato, può essere rinvenuto nella sentenza n. 116 del 2020 ove la Corte ha rimarcato la valenza costituzionale del procedimento amministrativo nel contesto di una «*amministrazione partecipativa disegnata dalla legge 7 agosto 1990 n.241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)*», ribadendo che *proprio nel contesto del procedimento amministrativo «può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela»; «l'insistente valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa e dei suoi pregi non può evidentemente rimanere confinata nella sfera dei dati di fatto, ma deve poter emergere a livello giuridico-formale, quale limite intrinseco alla scelta legislativa, pur senza mettere in discussione il tema della "riserva di amministrazione" nel nostro ordinamento» (Corte cost., sent. n. 116 de 2020). Sulla costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento, L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del "processo"*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 277 ss.*

dello schema delle norme interposte, pur con le mitigazioni che la giurisprudenza costituzionale ha introdotto<sup>23</sup>.

### 3. Le modifiche alla legge n. 241 del 1990<sup>24</sup>.

A prescindere dal fatto che anche i principi di cui alla legge n. 241 del 1990, in quanto, almeno *pro parte*, concretizzazione e/o attuazione delle norme costituzionali, potrebbero fungere essi stessi da parametri, o da integrazioni di parametri, di legittimità costituzionale delle leggi, si può osservare che la recente riforma accresce il corredo di garanzie relative al procedimento amministrativo, in qualche frangente emergendo ancora ulteriori simmetrie con le garanzie propriamente processuali.

Ci si può limitare in questa sede ad alcune esemplificazioni.

Già l'art. 1, comma 2 *bis*, nella sua generalità, investe l'intero contesto dell'azione amministrativa di modo che anche il procedimento stesso deve essere ispirato ai principi di collaborazione e di buona fede, buona fede che è un principio non certo estraneo del resto all'attività giurisdizionale (basti pensare al dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c.).

Compaiono anche norme che sembrano espressione, almeno in senso lato, di un tipico principio di matrice processuale: il principio di *economia processuale*. In primo luogo sembra riallacciarsi a questo principio l'art. 10 *bis* che preclude all'amministrazione, all'atto del rinnovato esercizio del potere amministrativo a seguito di annullamento giurisdizionale, la possibilità di addurre per la prima volta motivi ostativi già emersi nel corso dell'istruttoria.

Pare ancora espressione di tale principio l'attivazione di un procedimento (sotto vari aspetti) semplificato a seguito di ri-adozione di atti nel caso in cui essi siano stati annullati dal Giudice amministrativo per violazione di norme endoprocedimentali (in particolare, art. 21-*decies*).

Molte norme della novella hanno a che fare con i tempi del procedimento, di modo che più di una assonanza si può scorgere con la ragionevole durata del

<sup>23</sup> Il riferimento, naturalmente, è alle prescrizioni di cui alla sent. n. 49 del 2015.

<sup>24</sup> Si tratta di modifiche introdotte con il decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 (*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*), e in particolare dall'art. 12 di esso (*Modifiche alla legge 7 agosto 1990, n. 241*), convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120.

processo, tanto più che diversi accorgimenti messi in campo per contenere i tempi sembrano rispondere senza dubbio a criteri di ragionevolezza (si tratta di un criterio quasi sempre utilizzato dalla Corte costituzionale per saggiare la conformità di svariate norme processuali all'art. 111 Cost.<sup>25</sup>).

Assai significativo sembra l'art. 2, c. 4 *bis*, che ragiona di tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e pone in relazione tale principio con quello di trasparenza dell'azione amministrativa<sup>26</sup>. Incide, pur indirettamente sui tempi di conclusione del procedimento anche la previsione di inefficacia per alcuni provvedimenti –di natura sostanzialmente autorizzatoria– assunti dopo la scadenza dei termini di legge<sup>27</sup>.

Anche l'art. 16, relativo all'attività consultiva, tiene conto –pur indirettamente– dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi nell'ambito dei quali sia prevista l'acquisizione di pareri, anche obbligatori. La norma prevede, in luogo della facoltà dell'amministrazione di procedere in assenza dei prescritti pareri, che «in caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'amministrazione richiedente procede indipendentemente dall'espressione del parere»<sup>28</sup>. Interessante pure l'art. 17 *bis* relativo alle conseguenze della mancata formulazione di assensi, concerti o nulla

<sup>25</sup> Si può al riguardo ricordare che l'art. 111 Cost. è stato attuato, *in parte qua*, attraverso la legge 24 marzo 2001, n. 89 (nota anche come legge *Pinto*), oggetto per vero di diverse modifiche negli anni successivi.

<sup>26</sup> Prevede al riguardo la norma citata che «le pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale nella sezione “Amministrazione trasparente” i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i tempi previsti dalla normativa vigente»: così appunto l'art. 2, comma 4-bis della legge n. 241 del 1990, che nell'ultimo passaggio dà per scontato un divario tra tempi normativamente previsti e tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi prevedendo che, con d.p.c.m., siano «definiti modalità e criteri di misurazione di tempi effettivi di conclusione dei procedimenti».

<sup>27</sup> Sempre l'art. 2 della legge 241/90, al comma 8-*bis*, prevede che «*le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, comma 3 e 6-bis, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci*».

<sup>28</sup> La possibilità di procedere per l'amministrazione è prevista, a seguito della novella, anche in caso in cui facciano difetto pareri *obbligatori*: così appunto art. 16, comma, 2 l. 241 del 1990, su cui si vedano le pertinenti osservazioni di A. MITROTTI, *Le modifiche sulla disciplina dell'attività consultiva nella legge sul procedimento amministrativo*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020, 1 ss., il quale mette l'accento sugli effetti di accelerazione del procedimento della norma in esame, distinguendo tuttavia opportunamente tra *accelerazione* e *semplificazione* del procedimento.

osta, da cui non deriva un arresto del procedimento amministrativo<sup>29</sup>. Né si può al riguardo trascurare il già ricordato art. 21-*decies*, in relazione all'annullamento di provvedimenti per vizi di atti endoprocedimentali, che è in definitiva volto a snellire e semplificare il procedimento messo in atto a seguito di questo particolare tipo di annullamento, con ricadute positive anche sui tempi di conclusione del procedimento. Infine di tempi *effettivi* di conclusione del procedimento ragiona anche l'art. 29 comma 2 *bis*.

Interessante è notare che a varie riprese la novella insiste sulla necessaria *effettività* della garanzia dei diritti messi in campo, in particolare relativamente al rispetto dei tempi del procedimento: si tratta di un punto su cui la Corte costituzionale correntemente si sofferma, soprattutto negli ultimi anni, con riguardo alla tutela dei diritti costituzionali, la quale deve appunto essere connotata dall'indefettibile carattere dell'effettività. In questo senso, appare assai significativo l'art. 2 comma 4 *bis* che ragiona appunto di tempi *effettivi* di conclusione dei procedimenti, concetto reiterato –come osservato– nell'art. 29 comma 2 *bis*, che prevede anche l'obbligo delle P.A. di sottoporre a misurazione i tempi effettivi di durata dei procedimenti.

La problematica dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo sembra quindi costituire uno dei fili conduttori che ha ispirato la novella<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Secondo l'art. 17-*bis*, comma 2, una volta decorsi i termini previsti «senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito», potendo l'amministrazione procedere di conseguenza con l'unico onere, pure dalla norma previsto: «lo schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, è trasmesso all'amministrazione che avrebbe dovuto formulare la proposta per acquisirne l'assenso ai sensi del presente articolo».

<sup>30</sup> Come confermano, se ce ne fosse bisogno, ulteriori norme comprese nell'intervento di riforma, ma non inserite nella legge 241 del 1990. Per quanto riguarda il profilo dei tempi, appare assai significativo l'art. 12, comma 2, del Decreto legge n. 76/2020, secondo cui «entro il 31 dicembre 2020 le amministrazioni e gli enti pubblici statali provvedono a verificare e a rideterminare, in riduzione, i termini di durata dei procedimenti di loro competenza ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241»; sulla stessa lunghezza d'onda l'art. 13 (*Accelerazione del procedimento in conferenza dei servizi*), secondo cui «fino al 31 dicembre 2021, in tutti i casi in cui debba essere indetta una conferenza di servizi decisoria ai sensi dell'articolo 14, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, è in facoltà delle amministrazioni procedenti adottare lo strumento della conferenza semplificata di cui all'articolo 14-bis della medesima legge», indicando al riguardo una serie di modificazioni al regime previsto dalla stessa legge n. 241. Anche il successivo art. 15 del decreto legge (*Agenda per la semplificazione, ricognizione e semplificazione, ricognizione e semplificazione dei procedimenti e modulistica standardizzata*), prevede al suo interno, accanto a misure volte alla semplificazione, anche elementi di abbreviazione dei procedimenti amministrativi: per una lettura critica di questo modello di semplificazioni, si vedano le considerazioni (unitamente ai dati su cui si fondano) di L.A. MAZZAROLLI, *Considerazioni generali sul «semplificare»... ma all'italiana*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020, 1 ss. Per ulteriori notazioni critiche sulla riforma in oggetto si vedano pure le considerazioni di E. CONTE, *Riforme dell'attività amministrativa: la riproduzione di schemi vecchi*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020, 1 ss.

#### 4. Considerazioni a partire da recenti orientamenti della Corte costituzionale.

Proseguendo il discorso sui tempi del procedimento, vale la pena di ricordare come alcune leggi, di contenuto indubbiamente provvedimentale, siano state talora approvate in ragione proprio (od esclusivamente) della dilatazione dei tempi dei procedimenti amministrativi che avrebbero dovuto provvedere a disciplinare determinate situazioni previste dalla legge e non lo hanno fatto a causa della lungaggine dell'azione amministrativa. Un caso emblematico è quello deciso con la sentenza n. 66 del 2018 della Corte costituzionale in relazione all'adozione del Piano regionale dell'attività di cava (Prac), che avrebbe dovuto essere adottato «all'esito di un procedimento composito, contraddistinto dalla proposta della Giunta regionale, dalla partecipazione degli enti locali e dalla definitiva approvazione del Consiglio regionale», procedimento che però «non ha mai visto la luce, nonostante svariati tentativi» in tal senso, con la conseguenza di avere «prolungato l'applicazione del regime transitorio» previsto dalla legge regionale nelle more dell'approvazione del piano<sup>31</sup>. La carenza di appropriate garanzie che ruotano attorno al giusto procedimento conduce la Corte a ritenere illegittima la legge regionale impugnata, pur adottata per sanare in qualche misura l'inerzia dell'amministrazione.

Si è al riguardo ipotizzato che vicende del genere, in casi appunto in cui la legge intervenga in luogo di un provvedimento amministrativo, anche per superare situazioni di stallo nella fase, talvolta complessa, procedimentale, potrebbero trovare una soluzione sul piano dell'arricchimento delle garanzie di partecipazione nel contesto del procedimento legislativo, attraverso una sorta di «processualizzazione della funzione legislativa» con conseguente «progressiva apertura del procedimento legislativo alla partecipazione degli interessati e dei portatori di interessi coinvolti nella regolamentazione da adottare»<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Le citazioni sono tratte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 66 del 2018, (avente ad oggetto la legge della Regione Veneto 30 dicembre 2016, n. 30), con osservazione di A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del "giusto procedimento di pianificazione"*, in *Le regioni*, 2018, 744 ss. È singolare osservare che la sentenza fa riferimento anche al precedente da cui ha preso le mosse Vezio Crisafulli, la sent. n. 13 del 1962.

<sup>32</sup> In questo senso A. CARDONE, op. cit., 744 ss., secondo il quale a tutto ciò andrebbe aggiunta l'esplicitazione della motivazione delle soluzioni prescelte in modo tale da recuperare le istanze democratiche alla legge sottese ma anche di «sussumere nell'iter formativo della legge le garanzie e le prestazioni di imparzialità e buon

Si tratta tuttavia di una via difficilmente percorribile, soprattutto alla luce delle precisazioni che sul punto la Corte ha recentemente fatto. In primo luogo si è chiaramente statuito che la sede del procedimento amministrativo è quella ove «può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora [...] con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità»; «la struttura del procedimento amministrativo –ha proseguito la Corte nel suo ragionamento–, infatti, 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 [...]: efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza», venendo «in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost.»<sup>33</sup>. È interessante osservare che una delle censure decisive ai fini della dichiarazione dell'illegittimità della legge viene individuata nella assenza di istruttoria nell'ambito dell'*iter* legislativo, snodo invece decisivo e caratterizzante nel contesto del procedimento amministrativo<sup>34</sup>.

Anche da ultimo la Corte ha avuto modo di ribadire questa impostazione, ponendo l'accento sul fatto che le esigenze che la sede procedimentale meglio soddisfa si manifestano soprattutto (o addirittura in modo ineludibile) a cospetto di particolari materie: «se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere

---

andamento del “giusto provvedimento”». Si tratta del resto di una impostazione che era stata coltivata da C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 131 ss., il quale al riguardo faceva riferimento a «modalità procedurali» da osservare nell'*iter* di approvazione delle leggi.

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 69 del 2018, su cui si vedano le osservazioni di F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Regioni*, 2018, 759 ss., il quale debitamente sottolinea il passo citato, significativamente ragionando di «*virtù costituzionali* del procedimento». Continua l'Autore osservando, dopo avere non a caso menzionato la sent. n. 62 del 1963, che «le affermazioni svolte dalla Corte in merito alla necessità della previsione del procedimento amministrativo suonano come lo stabilimento di una sorta di naturale, preferenziale, riserva costituzionale a favore di uno spazio di amministrazione aperta e partecipata, con prevalenza, dunque delle istanze di imparzialità e di buon andamento su quelle di omogeneità e di prevedibilità».

<sup>34</sup> «La soluzione legislativa adottata dalla Regione, nello stabilire in via generale, senza istruttoria e valutazione in concreto dei luoghi in sede procedimentale, distanze minime per la collocazione degli impianti non previste dalla disciplina statale, non garantisce il rispetto di questi principi fondamentali e non permette un'adeguata tutela dei molteplici e rilevanti interessi coinvolti»: così appunto la sent. n. 69 del 2018.

tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto»<sup>35</sup>. Nel caso in cui dunque una certa materia sia declinata come *amministrativa* (di «materie *naturaliter* amministrative» ragiona la Corte), ciò implica che essa vada governata secondo gli stilemi che caratterizzano l'azione amministrativa e quindi nella sede naturale ove esso si esprime, il procedimento amministrativo<sup>36</sup>. Stando così le cose, l'incostituzionalità nella legge deriva in sostanza da «*mananze, quali il difetto di partecipazione degli interessati, che non si potrebbero addebitare all'atto legislativo, in quanto fisiologicamente estranee al relativo procedimento*», con ciò escludendosi la possibilità di praticare l'immane momento partecipativo nella cornice di un procedimento di tipo legislativo<sup>37</sup>.

Non sembra che tutte queste indicazioni siano eludibili, nemmeno quando l'intervento legislativo, come pure avviene ed è avvenuto, sia volto a surrogare il mancato esercizio, in tempi accettabili, dell'azione amministrativa<sup>38</sup>. Ciò rende ancora più centrale il tema dei tempi dell'azione amministrativa. Si tratta di un profilo che nel passato non era particolarmente avvertito e non certo inquadrato tra i principi qualificanti del procedimento amministrativo. A tacere del fatto che tale aspetto potrebbe trovare «copertura», da una parte, attraverso una lettura estensiva dell'art. 111 Cost. o, ancora più agevolmente, facendo riferimento all'art. 6 della Cedu e soprattutto alla giurisprudenza che lo ha nel tempo conformato, rimane il fatto che l'aver messo a tema tale aspetto dell'azione amministrativa nella cornice dell'ultima novella alla legge n. 241 appare un dato da non trascurare e da non sottovalutare. Da una parte esso certifica –se ce ne fosse bisogno– la criticità della durata dei procedimenti amministrativi, dall'altra sembra arricchire il fascio di garanzie che circondano il procedimento amministrativo con un profilo inedito che in definitiva

---

<sup>35</sup> Così, Corte cost., sent. n. 116 del 2020, stando alla quale «l'insistente valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa e dei suoi pregi non può evidentemente rimanere confinata nella sfera dei dati di fatto, ma deve poter emergere a livello giuridico-formale, quale limite intrinseco alla scelta legislativa, pur senza mettere in discussione il tema della «riserva di amministrazione» nel nostro ordinamento».

<sup>36</sup> È interessante al riguardo osservare che, se in dottrina si era constatato come fosse mancata «nella nostra giurisprudenza costituzionale una chiara visione di ciò che la legge dev'essere nell'ordinamento vigente», i recenti svolgimenti giurisprudenziali danno più di qualche indizio su cosa la legge *non* deve essere e su cosa la legge *non* deve disciplinare, presupponendo alcune materie un ineludibile intervento nelle forme del procedimento amministrativo (il pensiero sopra riportato è di L. PALADIN, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1969, 897).

<sup>37</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 116 del 2020.

<sup>38</sup> Situazione che faceva da sfondo alla sentenza della Corte costituzionale n. 66 del 2018.

completa il volto costituzionale del procedimento amministrativo che, per essere giusto, deve essere portato a compimento in tempi ragionevoli, in sintonia, del resto, con una realtà sempre più complessa, mutevole e in rapida evoluzione.

## LA NUOVA RIFORMA DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

**IL PREAVVISO DI DINIEGO DOPO LA LEGGE 11  
SETTEMBRE 2020 N. 120****Giulia Milo\***

**ABSTRACT**[ITA]: L'art. 12 del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, ha modificato in modo significativo l'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 che disciplina l'obbligo per la pubblica amministrazione di comunicare al privato, preventivamente, la ragioni per cui una sua istanza non sarà accolta, in modo da consentire allo stesso di interloquire puntualmente con l'amministrazione prima della decisione finale. Nel presente lavoro viene esaminata la nuova disciplina e si cerca anche di evidenziare gli effetti della stessa su alcuni istituti generali e fondamentali del diritto amministrativo quali la potestà amministrativa, l'interesse legittimo e il bene della vita ad esso sotteso nonché l'ampiezza e la natura del giudizio amministrativo in caso di esercizio illegittimo della potestà amministrativa.

**ABSTRACT** [ENG]: *Art. 12 of the decree law 16 July 2020, n. 76, converted, with amendments, by law 11 September 2020, n. 120, has significantly modified art. 10 bis of the law n. 241 of 1990 which governs the obligation for the public administration to communicate to the private individual, in advance, the reasons why one of his requests will not be accepted, in order to allow him to speak promptly with the administration before the final decision. In this work the new discipline is examined and you try also to highlight its effects on some general and fundamental institutions of administrative law such as administrative authority, the legitimate interest and the good of life underlying it as well as the breadth and nature of the administrative judgment in case of illegitimate exercise of administrative authority.*

---

\* Ricercatore in diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Trieste. Il presente lavoro, rivisto per la pubblicazione, riprende il contenuto della relazione tenuta nel corso del convegno intitolato "La nuova riforma dell'attività amministrativa. Le modifiche alla legge n. 241/1990 apportate con legge dell'11 settembre 2020 n. 120 e le recenti novità in materia di contratti pubblici", organizzato il 9 novembre 2020 da Sandro de Gotzen e Giulia Milo, con il patrocinio dell'Ateneo di Trieste, del Comune di Trieste e della rivista di classe "A" AmbienteDiritto.it

**SOMMARIO: 1.** La disciplina “vivente” del c.d. preavviso di diniego prima della riforma del 2020. – **2.** Le modifiche apportate dalla legge 11 settembre 2020 n. 120. – **3.** Considerazioni sistematiche: potestà amministrativa, interesse legittimo e bene della vita.

### **1. La disciplina “vivente” del c.d. preavviso di diniego prima della riforma del 2020.**

L’art. 10 bis è stato inserito nella legge sul procedimento amministrativo dall’articolo 6 della legge 11 febbraio 2005, n. 15. In seguito l’articolo 9, comma 3, della legge 1 novembre 2011, n. 180, lo ha leggermente modificato<sup>1</sup>.

L’istituto è stato ribattezzato da dottrina e giurisprudenza “preavviso di diniego” o “preavviso di rigetto”<sup>2</sup> e sancisce l’obbligo per la pubblica amministrazione, prima di rigettare l’istanza di un privato, di preavvertirlo indicando i motivi ostativi all’accoglimento e concedendo all’interessato un termine di dieci giorni per presentare le proprie osservazioni eventualmente corredate da documenti. Nella motivazione poi del provvedimento è necessario dare ragione dell’eventuale mancato accoglimento delle osservazioni del privato.

---

<sup>1</sup> L’articolo 9, comma 3, della legge 1 novembre 2011, n. 180, ha aggiunto l’ultimo periodo secondo cui “Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all’accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all’amministrazione”.

<sup>2</sup> L’istituto di cui all’art. 10 bis della l. n. 241/1990 viene qualificato preavviso di diniego, tra le tante, da Cons. Stato, Sez. II, 10.12.2020, n. 7893, Cons. Stato, Sez. II, 09.12.2020, n. 7841, T.A.R. Campania sez. III, 28.08.2020, n.3688. Il medesimo istituto viene qualificato preavviso di rigetto, tra le tante da T.A.R. Piemonte, sez. I, 2.05.2020, n.253, Cons. Stato, sez. III, 5.12.2019, n.8341. Anche la dottrina comunemente si richiama all’istituto di cui all’art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 come preavviso di diniego, o preavviso di rigetto. Nel primo senso si vedano tra i tanti, oltre ad autori citati in altre note, G. BERTEZZOLO, Preavviso di diniego e autorizzazioni condizionate, in Foro amm. (Tar), 2007, 1546 ss.; nel secondo senso, tra i tanti, oltre ad autori citati in altre note, si vedano D. VAIANO, Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo, in Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, IV, Padova, 2007, 459 ss., F. APERIO BELLA, L’innesto di regole del processo amministrativo di altri ordinamenti. Un possibile approccio alla comparazione, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2019, 226 ss., G. TROPEA, Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi, in Dir. Proc. Amm., 2017, 1235 ss. Chi scrive preferisce utilizzare l’appellativo “preavviso di diniego” perché si tratta per l’amministrazione di valutare un’istanza in un procedimento amministrativo in cui vi è cura diretta dei diversi interessi pubblici, mentre normalmente il termine “rigetto” si utilizza quando si tratta di accogliere o rigettare un ricorso in un procedimento amministrativo di secondo grado.

Dai lavori parlamentari che hanno portato all'approvazione della legge 15 del 2005 emerge che il fine era quello di limitare il contenzioso tra cittadino e pubblica amministrazione mediante la previsione di un ulteriore canale di comunicazione tra le parti precedente alla decisione finale<sup>3</sup>.

Si tratta pertanto di un istituto finalizzato a consentire la partecipazione al procedimento mediante un reale momento di confronto tra pubblica amministrazione e destinatario del provvedimento, l'amministrazione deve evidenziare le ragioni che la stanno inducendo ad assumere un provvedimento negativo per il privato e deve consentire al privato, prima della decisione finale, di interloquire ed evidenziare eventuali presupposti, magari trascurati nell'istruttoria, che possono indurre l'amministrazione a modificare il proprio intendimento o, per lo meno, a trovare un diverso bilanciamento fra gli interessi in gioco più favorevole al privato<sup>4</sup>.

La disciplina ha una portata generale, fanno eccezione solo le procedure concorsuali, quindi tutte le procedure selettive<sup>5</sup>: non occorre evidentemente preavvertire i partecipanti che stanno perdendo il confronto comparativo. Restano esclusi anche i procedimenti in materia previdenziale e assistenziale che non si volevano ulteriormente aggravare.

La medesima legge, 11 febbraio 2005, n. 15, all'art. 14, comma 1, ha inserito l'art. 21 octies nella legge sul procedimento amministrativo che disciplina l'annullabilità del provvedimento e che, al primo comma, richiama i tradizionali vizi di legittimità, presenti già nella legge 31 marzo 1889, n. 5992, con la quale venne istituita la quarta

<sup>3</sup> Dalla Relazione della I Commissione Permanente della Camera dei Deputati presentata il 6 novembre 2003.

<sup>4</sup> Consiglio di Stato sez. VI, 10.02.2020, n.1001, ove: "In tale modo, da un lato, si garantisce un apporto collaborativo del privato mediante l'introduzione di elementi istruttori o deduttivi suscettibile di apprezzamento da parte dell'organo procedente, dall'altro, si consente l'anticipata acquisizione in sede procedimentale di contestazioni (di natura difensiva) suscettibili di evidenziare eventuali profili di illegittimità delle ragioni ostative preannunciate dall'Amministrazione". In dottrina sul preavviso di diniego si vedano per tutti: D. VAIANO, *Il preavviso di rigetto*, in a cura di M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 641 ss.; P. LAZZARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*, in a cura di A. Romano, in *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 386, ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 353 e ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, 1003 ss.; S. TARULLO, *L'art.-10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *www.giustamm.it.*, 2005.

<sup>5</sup> La giurisprudenza ha chiarito che nelle "procedure concorsuali" debbono ricomprendersi tutte quelle connotate dalla previa pubblicazione di un avviso di partecipazione, con la fissazione delle regole per ciascun partecipante e la successiva selezione delle domande, cfr. T.A.R. Umbria, sez. I, 03.01.2020, n.18, T.A.R. Lazio, sez. I, 8.01. 2019, n. 274, T.A.R. Campania, sez III, 1.12. 2016, n. 5553, T.A.R. Campania, sez. III, 14.05. 2015, n. 2670.

sezione del Consiglio di Stato, e al secondo comma introduce i c.d. “vizi formali” stabilendo che non è annullabile “il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Quindi, da un lato, la legge n. 241/1990 prevede una serie di obblighi in capo all’amministrazione procedente, ed *in primis* quello di consentire la partecipazione al procedimento nonché l’obbligo di motivare i provvedimenti, dall’altro lato, si stabilisce che, però, il provvedimento amministrativo non può essere annullato quando, per la sua natura vincolata è palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso, oppure, per quanto concerne la mancata comunicazione al destinatario dell’avvio del procedimento, quando “l’amministrazione dimostri in giudizio” che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso.

Inutile dire, ma ovviamente ci si soffermerà sul punto più avanti, che queste disposizioni incidono e conformano istituti fondamentali del diritto amministrativo: il contenuto e la tutela dell’interesse legittimo, la validità dei provvedimenti, la natura del giudizio amministrativo che nasce come giudizio sulla validità degli atti e cresce come giudizio sul rapporto giuridico tra amministrazione e amministrati.

Il diritto vivente, cioè l’interpretazione giurisprudenziale, ha immediatamente omologato i due istituti, quello della comunicazione di avvio del procedimento e quello del preavviso di diniego, sostenendo che, avendo identifica finalità, quella di consentire la partecipazione al procedimento, devono avere anche sostanzialmente identica disciplina anche rispetto agli effetti sulla validità del provvedimento<sup>6</sup>.

Inoltre la giurisprudenza ha accolto, con un certo entusiasmo, l’invito del legislatore a non annullare provvedimenti frutto di un procedimento non proprio conforme alle regole legislative ma “sostanzialmente” corretto.

Così la giurisprudenza ha fissato le categorie interpretative di seguito riportate.

<sup>6</sup> Tra le tante si veda Cons. Stato sez. VI, 27.07.2015, n.3667, di recente T.A.R. Lazio, Sez. III, 9 aprile 2020, n. 3856.

1) Non è necessaria una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra quanto indicato nel preavviso di diniego e quanto indicato nel provvedimento negativo finale, sempre che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva nello schema delineato dalla comunicazione resa ai sensi dell'art. 10-bis l. n. 241/1990, esclusa, per lo più, la possibilità di fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove<sup>7</sup>.

2) L'amministrazione non è tenuta a confutare analiticamente quanto prodotto dal privato a seguito della ricezione del preavviso di diniego essendo sufficiente una motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso<sup>8</sup>.

3) In caso di totale omissione dell'invio della comunicazione di preavviso di diniego, l'annullamento del provvedimento non è affatto scontato, perché l'interessato dovrà dimostrare, lui, in giudizio, con un'inversione dell'onere della prova rispetto al testo letterale della disposizione legislativa, che se avesse ricevuto la comunicazione avrebbe evidenziato all'amministrazione delle ragioni fattuali e giuridiche tali da indurla, con ogni probabilità, a modificare il proprio intendimento<sup>9</sup>.

4) Infine, per quanto concerne i termini di durata del procedimento, la giurisprudenza ha affermato che l'invio della comunicazione di preavviso di diniego interrompe i termini di conclusione del procedimento che, pertanto, cominciano a decorrere nuovamente, dal principio, nel momento in cui il privato fa pervenire il proprio atto di partecipazione, ovvero, scade il termine di 10 giorni entro il quale avrebbe potuto farlo<sup>10</sup>. La vicenda dei termini assume un rilievo particolare,

<sup>7</sup> Tra le tante si veda T.A.R. Campania, sez. IV, 09.03.2020, n.1041, T.A.R. Veneto, sez. III, 21.01.2019 n. 72.

<sup>8</sup> Tra le tante: Cons. Stato sez. II, 20.02.2020, n.1306, Cons. Stato, sez. IV, 27.03.2019, n. 2026, T.A.R. Puglia, sez. III, 27.12.2018, n.1934.

<sup>9</sup> Tra le tante Cons. Stato, sez. VI, 10.02.2020, n.1001, Cons. Stato, sez. IV, 11.01. 2019, n. 256, Cons. Stato, Sez. III, 28.09.2015 n. 4532, Cons. Stato, Sez. VI, 04.03.2015, n. 1060, ha testualmente affermato: *“E tuttavia, onde evitare di gravare la p.a. di una probatio diabolica (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l'esito del procedimento), risulta preferibile interpretare la norma in esame nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione. Solo dopo che il ricorrente ha adempiuto questo onere di allegazione (che la norma implicitamente pone a suo carico), la p.a. sarà gravata dal ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato.”*

<sup>10</sup> Si tratta di giurisprudenza assolutamente consolidata, si vedano, tra le tante: Cons. Stato sez. VI, 25.11.2019 n. 8017, Cons. Stato sez. IV, 14.05.2018, n.2859, T.A.R. Puglia, Sez. III, 27.01.2020 n.96, T.A.R. Campania, Sez. V, 09.01.2020 n.107, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia 18.03.2019 n. 125, T.A.R. Molise, sez. I, 19.01.2016, n. 21, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 9.12.2015, n. 2578, T.A.R. Molise, 26.06.2015, n. 292, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 15.05.2015, n.214.

naturalmente, quando si tratta di un procedimento soggetto all'istituto del silenzio assenso.

## **2. Le modifiche apportate dalla legge 11 settembre 2020 n. 120.**

L'articolo 12, comma 1, lettera e), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, interviene sui seguenti aspetti: l'effetto della comunicazione del preavviso di diniego rispetto al termine complessivo di durata del procedimento, l'obbligo per l'amministrazione di valutare e motivare sulle osservazioni prodotte dai privati, la portata conformativa della sentenza di annullamento giurisdizionale e i limiti nella riedizione del potere, le conseguenze rispetto alla validità del provvedimento finale dell'omissione della comunicazione del preavviso di diniego.

Si cercherà ora di analizzare puntualmente gli effetti dell'innovazione normativa.

### **A) Per quanto concerne i termini di conclusione del procedimento.**

Il testo precedente alla riforma statuiva: *“La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine”* per presentarle.

Il nuovo testo invece statuisce: *“La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, nonché le ulteriori modalità di pubblicazione, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo”*.

L'innovazione legislativa sostituisce il verbo interrompere con il verbo sospendere. Come noto il verbo interrompere evoca immediatamente la disciplina dell'istituto della prescrizione. Il termine di prescrizione, ogni qualvolta viene interrotto, ricomincia a decorrere ex novo fin dall'inizio. Sospendere invece significa, inequivocabilmente, che un certo periodo, di norma indicato in giorni, non viene contato e, quando cessa la sospensione, si riprende a contare da dove si era arrivati.

Quindi ora l'invio della comunicazione di preavviso di diniego comporta solo una momentanea sospensione dei termini di conclusione del procedimento e non un nuovo inizio dell'intero periodo. Inoltre, molto opportunamente, ora la disposizione

legislativa distingue due ipotesi, se l'interessato non produce alcun atto di partecipazione, allo scadere dei dieci giorni assegnati al privato per partecipare il termine di conclusione del procedimento riprende per la parte restante, se invece il privato partecipa al procedimento, dal momento in cui perviene l'atto di partecipazione, vi sarà un periodo aggiuntivo di dieci giorni, che andrà a sommarsi al termine di durata complessiva del procedimento, in modo che l'amministrazione abbia il tempo per valutare davvero l'apporto del privato.

In effetti qualche dubbio potrebbe derivare dal fatto che il legislatore afferma che dopo la sospensione i termini "ricominciano" a decorrere e non riprendono a decorrere, questo potrebbe far pensare ad un inizio *ex novo* ma militano contro questa interpretazione le seguenti circostanze: l'uso del termine sospendere invece che interrompere, la previsione di un'ulteriore sospensione di dieci giorni in caso di produzione di memorie partecipative, termine ulteriore che non sarebbe necessario se comunque i termini dovessero ripartire dall'inizio, infine, il legislatore, se avesse voluto semplicemente confermare un assetto normativo già così modellato dalla giurisprudenza, non avrebbe avuto bisogno di intervenire.

Quindi, dopo la riforma, la comunicazione del preavviso di diniego sospende il termine di conclusione del procedimento per 10 giorni. Se il privato partecipa, i termini complessivi vengono prolungati di ulteriori 10 giorni, altrimenti, se il privato non partecipa, i termini riprendono a decorrere allo scadere del momento in cui il privato poteva partecipare.

Tale innovazione probabilmente comporterà un ripensamento sulla natura, fino ad ora tendenzialmente ordinatoria, del termine di dieci giorni concesso al privato per partecipare al procedimento *ex art. 10 bis della legge n. 241/1990*<sup>11</sup>.

Naturalmente l'innovazione è estremamente significativa nei casi in cui si tratti di un procedimento soggetto alla disciplina del silenzio assenso, perché, in questo caso, l'amministrazione, dopo il preavviso di diniego, dovrà anche affrettarsi ad adottare il provvedimento di diniego definitivo, avendo il preavviso solo effetto sospensivo e non interruttivo del termine.

Da tenere anche presente che il nuovo testo dell'art. 2, comma 8, della legge n. 241/1990 prevede addirittura l'inefficacia, in determinati casi, dei provvedimenti

---

<sup>11</sup> *Ex multis* T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20.11.2018, n.11253.

tardivi e, tra questi casi, vi è l'art. 20 della legge n. 241/1990 che disciplina il silenzio assenso.

### **B) L'obbligo per l'amministrazione di valutare e motivare sulle osservazioni prodotte dai privati.**

Il testo precedente alla riforma, a proposito delle osservazioni prodotte dai privati una volta ricevuta la comunicazione ex art. 10 bis, statuiva: *"Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale."*

Il nuovo testo invece statuisce: *"Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni"*.

Questa innovazione pare destinata ad indurre l'Amministrazione, e poi ovviamente la giurisprudenza, a prendere maggiormente sul serio le osservazioni prodotte dai privati e rendere così effettiva la partecipazione al procedimento. Ora il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni. L'obbligo viene specificato in modo più puntuale e fa pensare al fatto che la mancata motivazione sul punto può rilevare, non solo ai fini dell'eventuale illegittimità del provvedimento, ma anche rispetto a diversi profili di responsabilità, disciplinare o per mancato raggiungimento di risultati, per i pubblici dipendenti.

Inoltre, la disposizione precisa che il provvedimento finale indica *"i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni"* con ciò statuendo, in contrasto con quanto affermato fino ad ora dalla giurisprudenza, che i motivi ostativi indicati nel preavviso di diniego devono coincidere con quelli posti a fondamento del successivo provvedimento negativo che potrà essere integrato soltanto da considerazioni che sono la conseguenza delle osservazioni.

Un contraddittorio reale dunque in cui l'amministrazione, nel preavviso, indica tutte le ragioni per cui è orientata ad adottare un provvedimento negativo per il privato e poi, nel provvedimento finale, l'amministrazione dovrà replicare alle osservazioni del privato eventualmente aggiungendo soltanto quanto necessario a confutare le argomentazioni del destinatario del provvedimento.

Una sorta di analogia rispetto a quanto avviene nel processo quando l'appellante, già ricorrente soccombente in primo grado, non può ampliare i motivi di ricorso già formulati ma solo inserire quanto necessario a censurare la motivazione della sentenza appellata.

Il preavviso di diniego pertanto delimita, in modo vincolante, le ragioni ostative che possono condurre ad un provvedimento finale negativo per il privato.

Sul punto la riforma presenta un'ulteriore innovazione. Si dice che sono tenuti a motivare *“il responsabile del procedimento o l'autorità competente”*, la previsione è strana e scientificamente non corretta perché equipara soggetti del tutto diversi, l'autorità competente pare essere un'amministrazione, un ente, un soggetto con personalità giuridica, il responsabile del procedimento è invece sicuramente un organo di un'amministrazione, quindi un'articolazione interna dell'amministrazione, un ufficio particolarmente qualificato che ha la facoltà di imputare all'ente i propri atti e provvedimenti.

Nel testo precedente, più semplicemente, la disposizione non si soffermava sul soggetto che aveva la competenza a motivare. Una qualche spiegazione di questa innovazione si potrebbe cercare nell'idea secondo la quale, perché vi sia reale contraddittorio e partecipazione, bisognerebbe distinguere l'organo che cura l'istruttoria e assume una sorta di pre-decisione, che si compendia nel preavviso di diniego, in cui vengono illustrati al destinatario i motivi che ostano all'accoglimento, poi le *“difese”* del privato, per essere davvero prese sul serio, devono essere valutate da un organo diverso dotato di poteri decisionali.

E' esattamente il procedimento previsto per l'irrogazione di sanzioni amministrative in cui vi deve essere una netta distinzione tra l'organo accertatore che accerta la violazione e redige il rapporto e l'organo dotato della competenza ad irrogare la sanzione dopo aver valutato le difese dell'interessato ed averlo eventualmente sentito personalmente.

La legge nel richiamare e distinguere responsabile del procedimento e autorità competente forse porta un primo, indiretto, richiamo all'idea che potrebbe essere opportuno, a fini di imparzialità, distinguere l'organo che assume la pre decisione a fondamento del preavviso di diniego dall'organo che valuta l'apporto procedimentale del privato e assume la decisione finale.

### **C) I limiti dei motivi ostativi già individuati nel caso di riedizione del potere dopo l'annullamento giurisdizionale.**

La riforma legislativa, dopo aver dato conto degli obblighi motivazionali, inserisce nel testo dell'art. 10 bis il seguente periodo: *"In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato."*

L'innovazione pare davvero di grande portata.

Innanzitutto, il legislatore si riferisce in via generale all'annullamento di un provvedimento esito di un procedimento in cui è stato inviato il preavviso di diniego, non ai limitati casi in cui il provvedimento è stato annullato per violazione delle regole inerenti la comunicazione del preavviso di diniego. In altri termini il legislatore pare riferirsi non solo a provvedimenti annullati per vizi inerenti la violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241/1990 ma a qualsiasi annullamento di qualsiasi provvedimento in cui vi sia stato stato l'invio del preavviso di diniego, annullamento che può conseguire a qualsiasi ragione giuridica e pertanto a qualsiasi vizio di legittimità.

Questo piccolo inciso allora diventa una regola di valenza generale sulla completezza e definitività dell'istruttoria nel procedimento amministrativo, almeno nei casi di procedimenti avviati su istanza di un privato.

La situazione pare essere la seguente: di fronte ad un'istanza del privato l'amministrazione deve condurre un'istruttoria completa, ispirata ai principi di collaborazione e buona fede, poi, se ritiene di dover emettere un provvedimento negativo, deve avvertire il privato indicando tutti i motivi ostativi risultanti dall'istruttoria, su tale preavviso si apre il contraddittorio procedimentale.

Se, all'esito dell'intera procedura, viene emesso il provvedimento negativo e poi il provvedimento viene annullato, pare per qualsiasi ragione, in fase di riedizione del potere *"l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato"*.

In questo modo l'atto infra-procedimentale denominato preavviso di diniego diventa un vincolo conformativo anche in caso di riedizione del potere, fatte salve le sopravvenienze.

Prima della presente riforma, in caso di annullamento giurisdizionale, si doveva valutare la portata conformativa della sentenza giurisdizionale di annullamento. A seconda del tipo di vizio riconosciuto presente dal giudice l'amministrazione risultava più o meno vincolata nella successiva riedizione del potere. Un annullamento per carenza di motivazione poteva lasciare l'amministrazione abbastanza libera nella successiva attività, mentre un annullamento fondato su una più precisa individuazione di determinati presupposti condizionava molto di più il successivo rinnovato esercizio del potere.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>12</sup> si è espressa sul punto affermando che *"l'esigenza di dare esecuzione secondo buona fede alla decisione giurisdizionale amministrativa è alla base di qualsiasi ricostruzione interpretativa della materia"* e che *"occorre che la p.a. attivi una leale cooperazione per dare concreta attuazione alla pronuncia giurisdizionale anche e soprattutto alla luce del fatto che nell'attuale contesto ordinamentale la risposta del giudice amministrativo è caratterizzata da un assetto soggettivo"*, per concludere che *"ove la riedizione del potere (...) si concreti nel valutare differientemente, in base ad una nuova prospettiva, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice."*

*In tal caso l'adunanza plenaria ritiene che non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice."*

In sostanza già la giurisprudenza era arrivata a stabilire dei principi in relazione all'esecuzione di una sentenza di annullamento che consentivano all'amministrazione di rivalutare presupposti già considerati nel provvedimento annullato e di rivalutarli anche in senso negativo per il privato purché un tanto non comportasse una violazione di principi di leale collaborazione e di buona fede al punto da arrivare ad una sostanziale frustrazione della pretesa del privato e una radicale lesione del principio di effettività della tutela accordabile dal Giudice Amministrativo all'interesse legittimo<sup>13</sup>.

La riforma che si sta commentando inserisce espressamente collaborazione e buona fede tra i principi che devono informare il rapporto tra cittadino e

<sup>12</sup> Cons. Stato Ad. Plen. 15.01.2013 n. 2

<sup>13</sup> A tal proposito si vedano anche Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n.1321 e Cass. Civ. sez. un., 07.09.2020 n.18592, ove, al fine di consentire un effettivo sindacato sulla spettanza del bene della vita in caso di un comportamento esecutivo della pubblica amministrazione posto in essere in violazione dei principi di cooperazione e buona fede si fa riferimento ad una *"riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa"*.

amministrazione<sup>14</sup> e stabilisce che, una volta confezionato il preavviso di diniego, se il provvedimento viene annullato dal giudice un nuovo diniego non potrà fondarsi su “*motivi ostativi già emergenti dall’istruttoria del provvedimento annullato*”.

Quindi non solo la motivazione della sentenza di annullamento ma anche la precedente istruttoria, per come compendiata nel preavviso di diniego, costituiranno limite al successivo esercizio del potere.

Pare dunque il legislatore abbia seguito gli spunti di quella parte della dottrina, che, al fine di assicurare effettività alla tutela accordabile dalla giurisdizione amministrativa, ha ipotizzato un “*onere di preclusione procedimentale*”<sup>15</sup>, in grado di garantire, in sede di riedizione del potere, un adeguato grado di certezza in ordine alla spettanza del bene della vita.

#### **D) La modifica inerente i c.d. vizi formali<sup>16</sup>.**

Come già evidenziato l’art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 al secondo comma disciplina i c.d. vizi formali o vizi non invalidanti. Il secondo periodo statuisce: “*Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione*

<sup>14</sup> Il nuovo art.1, comma 2bis della legge n. 241/1990 statuisce: “*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.*”.

<sup>15</sup> S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 282 ss., S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la ‘riduzione progressiva della discrezionalità’. Verso un giudicato a “spettanza stabilizzata”?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 1172 ss.. Sul punto si vedano anche: M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989 e G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo - interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale - interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 487.

<sup>16</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 190 definisce in via generale “*vizio formale (o meramente formale) degli atti amministrativi, quello che comprende le violazioni normative che non incidono sul contenuto sostanziale del provvedimento, cioè sull’assetto di interessi da questo prodotto.*”. Le riflessioni della dottrina sulla validità del provvedimento e sui c.d. vizi formali sono numerosissime ed in questa sede non è certo possibile dare conto dell’ampio dibattito, ci si limiterà a pochissimi riferimenti per nulla esaustivi. Sulla validità del provvedimento e i vizi c.d. formali si vedano, dunque, per tutti: P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Milano, 2015; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Napoli, 2013; V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA (a cura di), *L’invalidità amministrativa*, Torino, 2009; . D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell’atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino 2006; E. FOLLIERI, *L’annullabilità dell’atto amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 625; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21 octies l. n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *WWW giustamm.it* 2005, n. 1; V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004; M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, A. POLICE, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2003; P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e vizi di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema della irregolarità degli atti amministrativi*, Torino 1993.

dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.", dopo tale periodo la riforma ha inserito il seguente: "La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis."

Anche questa innovazione è di notevole portata perché rafforza ulteriormente l'obbligo di inviare veramente il preavviso di diniego, infatti, se questo non viene inviato, viene meno per l'amministrazione la possibilità di dimostrare in giudizio la correttezza sostanziale della decisione assunta.

In effetti questa innovazione, che apparentemente è la più dirompente, probabilmente, nella sostanza, potrebbe essere quella che avrà meno effetti concreti.

Il giudice amministrativo, infatti, si è reso perfettamente conto della difficile compatibilità della previsione di cui al secondo periodo dell'art. 21 *octies* con alcuni principi del nostro sistema di giustizia amministrativa.

L'idea che nel processo si dovesse realizzare per la prima volta un contraddittorio che è mancato nel procedimento e che potesse spettare al giudice la valutazione diretta ed esplicita della ineluttabilità del contenuto di un provvedimento amministrativo ha indotto la giurisprudenza ad un atteggiamento piuttosto prudente.

Quasi sempre il Giudice, quando si tratta di applicare l'art. 21 *octies* secondo comma, fa riferimento al contenuto vincolato del provvedimento piuttosto che ad una dimostrazione giudiziale di una decisione discrezionale ma inevitabile<sup>17</sup>.

In questo modo si perviene al risultato di non annullare provvedimenti per vizi meramente formali e, al tempo stesso, non ci si avventura esplicitamente e direttamente a sindacare l'esercizio del potere discrezionale e la sua possibile diversa conformazione in concreto.

Il primo periodo dell'art. 21 *octies* continua ad applicarsi anche al preavviso di diniego e quindi si potranno sempre fare salvi provvedimenti "vincolati" non preceduti da tale comunicazione.

Resta tuttavia un segnale forte da parte del legislatore all'amministrazione nel senso di indurla ad applicare davvero l'istituto del preavviso di diniego e ad

---

<sup>17</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 128, evidenzia che nel corso del procedimento la discrezionalità può ridursi via via fino ad annullarsi del tutto, arrivando così ad una nozione di vincolatezza in concreto, da contrapporsi alla vincolatezza in astratto. Si ampliano in questo modo le possibilità per la giurisprudenza di affermare la natura vincolata di una decisione amministrativa.

esplicitare in esso tutte le ragioni ostative ad un accoglimento dell'istanza del privato, pena una più concreta possibilità di un annullamento del provvedimento non preceduto da tale preavviso ed addirittura un divieto, in sede di riedizione del potere, di considerare motivi ostativi emergenti dall'istruttoria e non indicati nel preavviso stesso.

La riforma dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 su questo punto può porre qualche problema di coerenza perché si fatica a comprendere per quale ragione un interesse legittimo pretensivo, interessato quindi dall'istituto del preavviso di diniego, dovrebbe avere una tutela maggiore, procedimentale e processuale, rispetto ad un interesse legittimo oppositivo su cui incide un avviso di avvio del procedimento.

### **3. Considerazioni sistematiche: potestà amministrativa, interesse legittimo e bene della vita.**

Illustrato il contenuto della riforma si deve ora ragionare su gli effetti della stessa su istituti e categorie più generali. Poiché la riforma interviene sulla disciplina del procedimento amministrativo, ed in particolare sulla facoltà riconosciuta al privato di partecipare al procedimento, è evidente che stiamo parlando del contenuto sostanziale dell'interesse legittimo, della disciplina dell'esercizio della potestà amministrativa ed anche, sia per quanto concerne la modifica dell'art. 21 octies, sia per quanto concerne il limite alla riedizione del potere dopo l'annullamento giurisdizionale, stiamo parlando dell'ampiezza e dei limiti della tutela riconosciuta all'interesse legittimo dal giudice amministrativo.

Mario Nigro ha definito l'interesse legittimo come una *“posizione di vantaggio in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo, consistente nell'attribuzione di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, di modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità”*<sup>18</sup>.

La Corte di cassazione a Sezioni Unite nella famosissima sentenza 22 luglio 1999 n. 500 ha ripreso tale definizione dell'interesse legittimo, esso *“va quindi inteso (ed ormai in tal senso viene comunemente inteso) come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e*

---

<sup>18</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 103 ss.

consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene.

*In altri termini, l'interesse legittimo emerge nel momento in cui l'interesse del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita viene a confronto con il potere amministrativo, e cioè con il potere della P.A. di soddisfare l'interesse (con provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dell'istante), o di sacrificarlo (con provvedimenti ablatori)."*

La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23.03.2011, n. 3, a sua volta ha affermato che *"l'interesse legittimo va, quindi, inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene."*

L'interesse legittimo, dunque, anche alla luce delle ricostruzioni giurisprudenziali, è una situazione giuridica soggettiva sostanziale di un soggetto che ha un rapporto giuridico con la pubblica amministrazione titolare di una potestà. Sotteso all'interesse legittimo vi è un bene della vita, un interesse concreto, materiale. Il contenuto dell'interesse legittimo consiste in una serie di facoltà attribuite al privato che gli consentono di influire sull'esercizio del potere. La pubblica amministrazione, titolare della potestà, con il provvedimento amministrativo decide dell'assetto finale degli interessi coinvolti e quindi della possibilità e della misura in cui il titolare dell'interesse legittimo può ottenere il bene della vita cui aspira<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, ha affermato, a proposito dell'interesse legittimo: *"Tali interessi, di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di veder motivata la decisione che vanifica l'aspettativa, costituirebbero, secondo una lettura estrema, veri e propri diritti soggettivi, tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che verrebbe quindi protetto sub specie di interesse legittimo. Di sicuro, l'interesse al rispetto di queste regole, che costituisce la vera essenza dell'interesse legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita: l'interesse legittimo si riferisce a fatti procedurali. Questi a loro volta investono il bene della vita, che resta però ai margini, come punto di riferimento storico. Il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cass. 500-99-SU, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art. 2043 c.c.: con le relative conseguenze in tema di accertamento della colpa"*.

Le facoltà dell'interesse legittimo sono disciplinate dalla legge n. 241 del 1990 e la più significativa è, naturalmente, quella relativa alla partecipazione al procedimento<sup>20</sup>.

La riforma del preavviso di diniego incide, quindi, in modo significativo su contenuto e tutela dell'interesse legittimo.

La riforma apportata dalla legge n. 120/2020 pare assolutamente apprezzabile. Da essa emerge la necessità di un maggior rigore per l'amministrazione nel condurre l'istruttoria che deve essere rapida, poiché il preavviso di diniego non può più essere utilizzato per raddoppiare i termini di durata del procedimento, e completa, perché i motivi ostativi, compendati nel preavviso, non possono essere integrati né nel provvedimento né, addirittura, nel nuovo provvedimento successivo all'annullamento del primo, fatte salve le sopravvenienze.

Quindi l'interesse legittimo viene preso maggiormente sul serio e contestualmente si responsabilizza l'amministrazione che conduce il procedimento ad effettuare un'istruttoria celere e completa.

Anche l'esclusione del preavviso di diniego dai casi in cui l'amministrazione può dimostrare in giudizio che il privato, anche se lo avesse ricevuto, non avrebbe avuto nessuna possibilità di influire sull'esercizio del potere è un fatto positivo, anche se in parziale contraddizione rispetto all'istituto analogo dell'avviso di avvio del procedimento.

Il tema attiene proprio al contenuto dell'interesse legittimo e alla disciplina dell'esercizio della potestà.

Se la legge prevede che la potestà debba essere esercitata attraverso una certa scansione, in modo che nel procedimento possano essere introdotti una serie di interessi che, alla fine, bilanciati tutti, porteranno all'individuazione dell'interesse pubblico concreto nel provvedimento finale, è consequenziale che le violazioni di tali regole, comportando un'alterazione nell'acquisizione degli interessi, debba condurre all'illegittimità del provvedimento.

È vero che, sotteso all'interesse legittimo vi è un bene della vita che il privato aspira ad ottenere o a mantenere a seconda della natura pretensiva o oppositiva dell'interesse legittimo.

---

<sup>20</sup> Tale ricostruzione è compiutamente operata da G.B. VERBARI, *Diritto processuale amministrativo*, Milano 2000, pag. 119 ss.

È anche vero che, giustamente, il processo amministrativo da processo sulla legittimità dell'atto si è trasformato, e deve trasformarsi, in giudizio sul rapporto, il rapporto giuridico che intercorre tra potestà e interesse legittimo.

Ma c'è una differenza tra la situazione giuridica soggettiva interesse legittimo e il bene della vita ad essa sotteso<sup>21</sup>.

È ragionevole vi sia un approccio "sostanzialistico" nello scrutinare la validità dei provvedimenti, è disfunzionale, ed in contrasto con principi costituzionali, annullare provvedimenti amministrativi per delle mere irregolarità formali, però dovrebbe restare chiaro un confine: il giudice valuta l'eventuale lesione dell'interesse legittimo, l'amministrazione decide sulla spettanza o meno del bene della vita.

Pare che questa riforma del preavviso di diniego vada in questa direzione, una più precisa conformazione dell'esercizio della potestà amministrativa e delle facoltà assegnate all'interesse legittimo, ed un limite al potere del giudice di conoscere, non del rapporto giuridico, cosa che deve assolutamente fare, ma direttamente di individuare e conformare l'interesse pubblico concreto.

---

<sup>21</sup> Ovviamente sul punto i riferimenti dottrinari sono vastissimi. Si richiama soltanto e per tutti F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.* 2011, 379 ss., ove: "L'interesse sostanziale, il bene della vita, è ciò su cui il potere si può scaricare, togliendolo o attribuendolo al privato, attraverso la realizzazione di un nuovo assetto di interessi, nel quale sono coinvolti, oltre all'interesse del destinatario del provvedimento, anche interessi privati ulteriori e contrapposti. Il bene della vita è pertanto l'oggetto da difendere o da conquistare; l'azione (o l'inazione) dell'amministrazione è il mezzo necessario per difenderlo o conquistarlo. È ovvio allora che il privato sviluppi un interesse (in questo senso strumentale) a "collaborare" con l'amministrazione, allorché questa intenda (o sia chiamata ad) esercitare il suo potere; esercizio che abbia come obiettivo un (nuovo) disegno di interessi, che coinvolga (anche) l'interesse sostanziale (o finale) da difendere o realizzare da parte del privato. Tale interesse strumentale viene denominato interesse legittimo..." [...] "L'unica avvertenza è di non confondere l'interesse strumentale, che vive nel procedimento, ossia nella fase di esercizio del potere autoritativo, con l'interesse finale o sostanziale, che sta fuori dal procedimento, e costituisce l'oggetto su cui il potere unilaterale potrà incidere (favorevolmente o sfavorevolmente).".

## L'INTERESSE NAZIONALE, UNA SFUGGENTE CERTEZZA NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE: SPUNTI DA UNA RECENTE MONOGRAFIA

**Matteo Carrer**

*Ricercatore B in Istituzioni di diritto pubblico,  
Università degli Studi di Bergamo.*

**ABSTRACT** [ITA]: È merito di una recente monografia di Antonio Mitrotti, dal titolo "L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano" l'aver messo a sistema le evenienze tali per cui il concetto interesse nazionale, formalmente scomparso dopo la riforma del Titolo V, può dirsi invece esistente quale sintesi di diversi elementi rintracciabili nella Costituzione: la chiamata in sussidiarietà, le materie trasversali, i poteri sostitutivi del Governo ex art. 120, co. 2° Cost. L'articolo ricostruisce i punti focali dell'argomentazione e approfondisce la interessante metafora dell'"araba fenice" presente già nel sottotitolo del volume.

**ABSTRACT** [ENG]: The article deals with a recently published book by Antonio Mitrotti about the Interests of the Nation (interesse nazionale) as juridical and constitutional element. In 2001 the Italian Constitution was modified and the new text does not mention the previously so-called Interests of the Nation, but the book shows that it did not disappear in the process: at the opposite, it exists as a synthesis of various mechanisms which bind together the State and the Regions from various perspectives. In particular, about the legislative powers, the principle of subsidiarity and the subsidiary power exercised by the Government.

**Sommario:** **1.** Ordine degli argomenti esposti. – **2.** Pluralità dell'interesse nazionale. – **2.1.** Potenza di una metafora. Alla ricerca dell'araba fenice. – **2.2.** Declinazioni giuridiche. – **3.** Inafferrabilità dell'interesse nazionale: limite o risorsa?

## 1.Ordine degli argomenti esposti.

Ci sono istituti che al momento dell'approfondimento non solo rivelano molteplici piani d'analisi, bensì si dimostrano sempre più articolati e complessi col crescere della profondità di studio. Tra questi si può annoverare senza dubbio l'interesse nazionale ed è merito di una recente monografia a firma di Antonio Mitrotti dal titolo *l'interesse nazionale nell'ordinamento italiano*<sup>1</sup> averne fissato i confini e analizzato le connessioni profonde con altri concetti.

Al fine di consentire al lettore un rapido *excursus* del tema<sup>2</sup> e degli spunti offerti dal volume cui si fa riferimento senza ripetere tutti i passaggi argomentativi dell'Autore e, all'opposto, senza rinviare ad una lettura integrale del testo sul quale si svolgeranno qui alcune annotazioni, sia lecito operare una cernita e puntare l'attenzione su una serie di punti che non necessariamente seguono l'ordine argomentativo dell'Autore.

Come noto, l'"interesse nazionale" era presente nel testo originario della Costituzione all'art. 117, ove si leggeva che «la Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni».

Con la riforma del Titolo V, l'art. 117, co. 1° Cost. non cita più l'interesse nazionale tra i nuovi limiti generali alla potestà legislativa, ancora affidata allo Stato e alle Regioni. Dunque, da quel momento, l'interesse nazionale spicca per la sua assenza piuttosto che per la sua presenza.

Presenza o assenza che non può semplicemente liquidarsi come un problema lessicale, poiché, come si vedrà subito, il tema dell'interesse nazionale riguarda il rapporto tra centro e periferia, tra Stato e Regioni, tra distribuzione e sovrapposizione di poteri in una Repubblica che è «una e indivisibile» ma che

<sup>1</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, con presentazione di A. Cerri.

<sup>2</sup> Sull'interesse nazionale, la dottrina è molto ampia. Cfr, almeno, A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973; A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2001 p. 345; F. MANGANIELLO, *Interesse nazionale, interessi europei e vincoli alla potestà normativa regionale*, Napoli, 2017; A. BARAGGIA, *Il principio di leale collaborazione tra fatto e diritto*, in *Le Regioni*, n. 6/2011 p. 1246 ss.; F. GALLARATI, *La leale collaborazione secondo la Corte costituzionale: le sentenze "additive di procedura"*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016; A. CANDIDO, *La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016; R. TOSI, *A proposito dell'interesse nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2002; F. CINTIOLI, *Unità giuridica ed economica o interesse nazionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2002, p. 89 ss.; N. MACCABIANI, *L'acquis della sentenza n. 62/2005: l'interesse nazionale (?)*, in *Le Regioni*, 5/2005, p. 971; I. NICOTRA, *Il principio unitario: una versione aggiornata del vecchio interesse nazionale nella recente giurisprudenza costituzionale in materia ambientale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005; L. SAPORITO, *Regionalismo, federalismo e interesse nazionale*, Napoli, 2008.

«riconosce e promuove le autonomie locali» (art. 5 Cost.) e che, con formula sintetica, ispira la propria forma di Stato al regionalismo<sup>3</sup>.

Pertanto, un primo problema è stabilire cosa abbia voluto significare il concetto di interesse nazionale nella costruzione iniziale della Costituzione.

In secondo luogo, è necessario riflettere sulla sua scomparsa, che – come talvolta accade per concetti o istituti di rilevante importanza – lascia il dubbio se la riforma, per usare una metafora architettonica, abbia asportato una colonna o semplicemente nascosto, con volontario o involontario *maquillage*, un architrave.

In terzo luogo, vi è la possibilità di indagare attraverso il metodo del diritto comparato la situazione di altri ordinamenti che possano presentare spunti di riflessione<sup>4</sup> utili da applicare al caso italiano.

Queste brevi premesse già sono utili per tracciare i margini di una ricerca che giustifica ampiamente le dimensioni monografiche.

Il punto focale è quello dell'autonomia.

Concessa e in un certo senso immediatamente limitata: «è davvero fuor di qualsiasi dubbio poter riconoscere, in ogni caso che [...] i Padri Costituenti vollero introdurre [...] delle peculiari, per quanto pregnanti, disposizioni che avessero la precisa *ratio* di riuscire a scongiurare i pericoli centrifughi latamente riconducibili a modelli di tipo federalistico»<sup>5</sup>.

Parrebbe che l'interesse nazionale, ancora prima di avere questo (o altri) nomi, discenda dal fatto stesso di considerare come "altri", cioè non nazionali, gli interessi degli enti territoriali. Nel creare dei centri di potere semplicemente diversi da quello unitario dello Stato centrale, ecco apparire il problema della sovrapposizione e del possibile contrasto tra interessi.

Si potrebbe dire che l'interesse nazionale sia uno snodo che si colloca tra «il delicato esame dei rapporti fra l'espansivo principio autonomistico ed i (centripeti) congegni costituzionali di unificazione e di coesione per un ordinamento autonomico»<sup>6</sup>. Così impostato, il concetto di interesse nazionale sembrerebbe nemmeno essere rilevante di per sé, piuttosto come conseguenza di un'impostazione disposta altrove. Se, infatti, si potesse inequivocabilmente parlare di una «tensione

<sup>3</sup> F. BASSANINI, *L'attuazione dell'ordinamento regionale: tra centralismo e principi costituzionali*, Firenze, 1970.

<sup>4</sup> Nel volume in analisi, l'intero capitolo V è dedicato a "spunti teorici dalla comparazione con il modello federale tedesco".

<sup>5</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 48.

<sup>6</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 17.

che è nelle cose»<sup>7</sup> tra unità e autonomia, centralismo e decentramento, allora l'unità dovrebbe essere davvero un "preconcetto logico" per la sovranità<sup>8</sup>.

Che non vi sia un interesse nazionale al di fuori di una nazione è talmente banale da non richiedere ulteriore commento. Più interessante è il credere l'interesse nazionale come sintesi concettualmente sovraordinata di altri fattori. Si tornerà sul punto.

Nel frattempo si vede bene – e la cosa non sfugge all'A. – che chiamare in causa l'interesse nazionale non significa soltanto indagare un istituto, bensì comporta individuare, delineare, tracciare i confini di elementi diversi, di punti di equilibrio, di tracciati che emergono in modo più o meno netto e che richiedono di dare un contorno ampio ai problemi citati.

È quindi già un risultato, e non una semplice premessa, annotare che «sfortunatamente non esisteva né, in generale, può dirsi, invero tuttora esistente una definizione precisa, esaustiva ed assoluta del concetto di autonomia»<sup>9</sup>. Di nuovo, la difficoltà non è di trovare un nome o una definizione. Dal punto di vista di un'etichetta descrittiva, le opzioni sono numerose e non problematiche, dal punto di vista definitorio il problema si risolve operativamente considerando che l'autonomia diventa sempre autonomia "in un dato senso", cioè autonomia aggettivata: politica, istituzionale, normativa, amministrativa, organizzativa, finanziaria e contabile.

Poco sopra si è indicata l'autonomia come "punto focale" che, in fotografia e nelle arti visive, è il punto di convergenza delle linee della struttura. Una foto "fuori fuoco" o un quadro cubista non hanno un punto focale definito o non ne hanno uno unico, rispettivamente. Da cui il disordine delle linee, che fuori di metafora potrebbero essere gli argomenti o la visione dell'osservatore.

Eppure l'unità come "preconcetto logico" per la sovranità non dovrebbe ammettere punti di fuoco imprecisi né contraddittori. Per quanto la globalizzazione del diritto abbia abituato gli interpreti alla sovrapposizione di competenze a tutti i livelli, le categorie portanti del diritto dello Stato moderno non possono autenticamente prescindere dalla sovranità. E, di conseguenza, dall'autonomia dove questa sia integrata nel sistema, per quanto possa essere o risultare sfuggente.

Ecco, quindi, sempre per restare all'elencazione dei problemi sollevati, che si potrebbe pensare di ricondurre il problema a metodo, se non si debba parlare di merito. Un po' come – abusata immagine – il Don Ferrante manzoniano si domandava se la peste fosse sostanza o accidente. Se non è l'uno, è l'altra, altrimenti

<sup>7</sup> L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, p. 270.

<sup>8</sup> P.P. TREMPS, *Il principio unitario fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali: il caso della Spagna*, in AA.VV. (a cura di G. Rolla), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Torino, 2003, p. 26

<sup>9</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 19.

non dovrebbe nemmeno esistere. Non sfugge all'A. nemmeno questo aspetto e, in particolare, individua nella leale collaborazione quel principio che passa dall'essere rivolto al risultato all'essere rivolto al metodo: esso sarebbe stato «piegato [...] in favore della preminente garanzia (di ultima parola) delle istanze di unitarietà dell'ordinamento repubblicano»<sup>10</sup> massimamente dall'interpretazione giurisprudenziale data dalla Corte costituzionale<sup>11</sup>.

Ecco, dunque, esposto l'ordine dei problemi per i quali si rimanda da un lato al volume in esame per un'analisi approfondita ed esaustiva ed alle pagine che seguono per alcune osservazioni a margine.

## **2. Pluralità dell'interesse nazionale.**

### **2.1. Potenza di una metafora. Alla ricerca dell'araba fenice.<sup>12</sup>**

«Appare davvero suggestiva – oltre che ragionevolmente coerente con l'“impianto” introdotto dalla riforma costituzionale del 2001, nonché con la successiva e consolidata giurisprudenza costituzionale – la provocazione di chi in dottrina abbia, incisivamente, paragonato l'interesse nazionale alla celebre figura mitologica dell'araba fenice»<sup>13</sup>.

Come tutte le metafore indovinate, quella dell'interesse nazionale come araba fenice merita di essere approfondita. Tanto interessante quanto più densa di possibili significati.

Innanzitutto, l'immagine arriva da un precedente contributo in dottrina, cui senza dubbio l'A. fa riferimento, e merita tanto spazio da essere riportata nel sottotitolo della monografia<sup>14</sup>.

Ebbene, l'“araba fenice” è innanzitutto la fenice, animale mitologico la cui storia immaginaria si perde nella notte dei tempi.

Ne parla Erodoto, riportandolo come un uccello simile all'aquila con le penne rosse e oro che si fa vedere ogni 500 anni: «dicono che parta dall'Arabia; che,

<sup>10</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 247.

<sup>11</sup> In dottrina si è ipotizzato che lo stesso federalismo sia un metodo: AA.VV. (a cura di G. Arena, F. Cortese), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011.

<sup>12</sup> Una “ricerca” dal vago sapore di citazione cinematografica è quella che dà il titolo a C. DE FIORES, *Alla ricerca dell'interesse perduto. Riflessioni sull'interesse nazionale e sulla sua scomparsa*, in AA.VV. (a cura di L. Chieffi, G. Clemente di San Luca), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Torino, 2004, p. 211 ss

<sup>13</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 371.

<sup>14</sup> S. BUDELLI, *L'araba fenice dell'interesse nazionale ed il principio di supremazia*, in S. BUDELLI, *Dinamismi centripeti del multilivello solidale*, Torino, 2007, p. 75 ss.

avvoltolo in un letto di mirra, trasporterebbe il padre nel santuario del Sole, e che ivi lo seppellisca».<sup>15</sup>

Ancora, «la storia effettiva della fenice nella letteratura latina per noi comincia con Ovidio, e per la precisione con l'Ovidio degli *Amores*. Il carme 6 del libro II è la risposta ovidiana, esotica e frivola, al carme 3 di Catullo, il compianto per il *passer* di Lesbia»<sup>16</sup> ma l'argomento è usato come «elemento convenzionale, più o meno indifferente al retroscena mitico»<sup>17</sup>.

È di nuovo Ovidio a tracciare nella storia della letteratura i caratteri della fenice così come è stata tramandata nei millenni seguenti in «una sezione filosofico-didascalica, fondale cosmico, filosofico-pitagorico alle Metamorfosi, che traduce in catalogo di esempi il tema della inesauribile trasformazione della materia, della metempsicosi e dell'eterno flusso delle anime»<sup>18</sup>.

Vi sarebbe un uccello che gli Assiri chiamano fenice «non frugenequeherbis, / sedturislacrimis et suco vivit amomi. / Haecubiquinquesuaecomplevitsaecula vitae, / ilicis in ramis tremula eque cacuminepalmae / unguibus et puro nidumsibiconstruit ore. / Quo simulaccasias et nardi lenisaristas / quassaquecum fulva substravitcinnama murra, / super se inponitfinitque in odoribusaeuum. / Inde ferunt, totidem qui vivere debeatannos, / corpore de patrio parvumphoenicarensi.»<sup>19</sup>

Ovidio insiste su quello che è il carattere più noto della fenice, cioè il suo rinascere dalle fiamme, dalle ceneri di sé stessa: *finit in odoribusaeuum*, dice, ma per la fenice non è finita la vita, perché un piccolo rinasce e riprende il ciclo di ben cinque secoli di vita.

La fenice, però per Ovidio non è araba, bensì “assira”. Per ritrovare l'espressione già anticipata da Erodoto, con la inconfondibile inversione tra nome e aggettivo, bisogna arrivare al *Metastasio*, che nel secondo atto del *Demetrio* – libretto musicato da moltissimi compositori, la prima volta da Caldara nel 1731 – fa dire ad Olinto (rivale del protagonista) in dialogo con il capitano delle guardie Mitrane una frase che diventerà celebre e proverbiale: «È la fede degli amanti / come l'araba fenice: / che

<sup>15</sup> ERODOTO, *Storie*, II, 73, traduzione di L. Rossetti, Roma, 2011.

<sup>16</sup> R. STRATI, *La fenice nella letteratura latina*, in *Annali online di Ferrara – Lettere*, 1/2007, p. 54-79. Nella versione consultata, p. 2.

<sup>17</sup> R. STRATI, *La fenice*, cit., p. 10.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Sia concesso riportare una traduzione: «non vive di erbe o di frumento, ma di lacrime d'incenso e stille d'amomo, e quando giunge a cinque secoli di vita, se ne va in cima a una tremula palma e con gli artigli, col suo becco immacolato si costruisce un nido tra il fogliame. E non appena sul fondo ha steso foglie di cassia, spighe di nardo fragrante, cannella sminuzzata e bionda mirra, vi si adagia e conclude la sua vita fra gli aromi. Allora, si dice, dal corpo paterno rinasce un piccolo di fenice, che è destinato a vivere altrettanti anni». Per utilizzare la parafrasi di Dante «che la fenice more e poi rinasce, / quando al cinquecentesimo anno appressa / erba né biada in sua vita non pasce, / ma sol d'incenso lacrima e d'amomo, / e nardo e mirra son l'ultime fasce» (*Inferno* XXIV, 107-111).

vi sia, ciascun lo dice; / dove sia, nessun lo sa»<sup>20</sup>. Il contesto è serio e finanche drammatico. Olinto ha conquistato lo scettro di re, ma Mitrane gli ricorda «se pace adesso / solo in te stesso ritrovar non sai, / ancor nel regio stato / infelice sarai come privato». Olinto risponde che «gli affetti umani / indagar non è per me» e che è disposto a perdere la propria amata, Barsane, in cambio del regno. «E puoi Barsane amando / compiacerti d'un trono / per cui la perdi?» domanda Mitrane e Olindo risponde «E comparar tu puoi la perdita d'un core coll'acquisto d'un regno?». «A queste prove / chi è fedel si distingue» obietta Mitrane e Olinto termina il recitativo quasi sconsolato: «eh che in amore / fedeltà non si trova. In ogni loco / si vanta assai ma si conserva poco.» E sullo stesso tono inizia l'aria « È la fede degli amanti / come l'araba fenice: / che vi sia, ciascun lo dice; / dove sia, nessun lo sa. / Se tu sai dov'ha ricetta, / dove muore e torna in vita, / me l'addita e ti prometto / di serbar la fedeltà.» Si chiude su queste parole la scena III dell'atto II con Olinto che esce.

Il parallelo è chiaro: la fedeltà degli amanti è introvabile, come il mitologico animale, assiro o arabo che fosse.

Che la fenice sia famosa per rinascere dalle fiamme è del tutto secondario in questo contesto. “Se tu sai dov'ha ricetta”, rintracciarla convincerà Olinto non per il prodigio della resurrezione dalle ceneri, ma per il più semplice e banale fatto di vedere l'animale.

Una seconda “araba fenice” è celebre nella letteratura, e nella musica, al pari o forse ancor più della precedente. Che sia questo un caso del supposto – e per certi versi contestato – “effetto Mandela” è da valutare, poiché all'espressione “araba fenice” utilizzata in senso proverbiale non vi è traccia della serietà metastasiana. Né della serietà cui fa riferimento l'Ovidio delle Metamorfosi o lo stesso Erodoto, poiché un omaggio al padre defunto o al sacrificio di sé o a un avvenimento che si verifica ogni 500 anni è indubbiamente qualcosa di serio.

Al contrario, è un'immagine che evoca il sorriso sulle labbra.

È Lorenzo Da Ponte a inserire nel libretto del *Così fan tutte*, musicato da Mozart, una citazione pressoché letterale della quartina di Metastasio, di cui muta una parola. Una sola, che cambia però tutto il contesto (oltre che la metrica, da piana a sdrucciola).

Nell'atto primo, scena prima, il terzetto composto da Don Alfonso, Ferrando e Guglielmo parla d'amore e il discorso cade sulla fedeltà (la “fede”, tema caro all'opera settecentesca).

Il cinico Don Alfonso dichiara che: «È la fede delle femmine / come l'araba fenice / che vi sia ciascun lo dice; / dove sia, nessun lo sa», mentre Ferrando e Guglielmo si

<sup>20</sup> Consultato il testo del 1731 sul sito [www.progettometastasio.it](http://www.progettometastasio.it)

affrettano a replicare, ciascuno per proprio conto, che la fenice è Dorabella oppure Fiordiligi, cioè le rispettive innamorate.

Più facile trovare un uccello con le piume oro e rosse che si fa vedere ogni 500 anni che una donna fedele, dice il poco politicamente corretto Don Alfonso.

La fenice, dunque, è (e tutto allo stesso tempo, a seconda se sia aggettivata come araba o meno): qualcosa di introvabile; la rappresentazione della rinascita da sé stessi; il simbolo di una vita lunghissima; esempio di fedeltà assoluta al proprio passato e al passato familiare; esempio di sacrificio di sé; una amara considerazione sull'amore; una critica alle donne; un motto divertente; un riferimento dotto.

Nulla di nuovo per un bestiario moraleggiante. Un problema in più per chi fa uso delle metafore. Soprattutto se, come autorevolmente suggerito, vi possano essere i presupposti perché la metafora «non sia puro ornato, bensì una forma di conoscenza»<sup>21</sup>.

## 2.2. Declinazioni giuridiche.

Nel sottotitolo del volume in esame sull'interesse nazionale pare di vedere meno pluralità nei riferimenti alla fenice rispetto a quanto appena prospettato sul piano storico e letterario. L'araba fenice è certamente un *bon mot*, privato del primo verso di Metastasio e di Da Ponte e quindi esempio di qualcosa di inafferrabile che rinasce da sé stesso. Entrambe le cose insieme, con ogni probabilità.

Si diceva della ricerca dell'interesse nazionale nel testo originario della Costituzione: «i Padri Costituenti operarono la precisa, e consapevole, scelta di attribuire sì [...] alle Regioni la politicamente preziosa potestà legislativa [...] ma decisero [...] al contempo [...] di cercare di circoscrivere adeguatamente e minuziosamente gli ambiti di operatività del futuro legislatore regionale»<sup>22</sup>. E l'interesse nazionale ne diventa un contrappeso.

La riforma del titolo V muove, apparentemente, da punto di vista opposto, ma è ben noto che non è così. È particolarmente chiarificatore, in quest'ottica, la scelta della Corte costituzionale effettuata nella celebre sentenza 303/2003<sup>23</sup>, che l'A. mette

<sup>21</sup> Così, sia pure in riferimento specifico all'Aristotele della Poetica e della Retorica: U. ECO, *I. Aspetti conoscitivi della metafora in Aristotele*, in *Doctorvirtualis*, 3/2004, p. 5 ss.

<sup>22</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 92-93.

<sup>23</sup> Su cui i commenti "a caldo", ex multis, di A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...)* in una storia (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia, in *Forumcostituzionale.it*, 2003; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forumcostituzionale.it*, 2003; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2003; A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2003. A distanza di tempo, si vedano i commenti di A. RUGGERI, *Il problematico "bilanciamento" tra politica e diritto costituzionale (tornando a*

in parallelo con la sent. 177/1988 notando la similitudine tra le due decisioni: «balza all'occhio la stretta somiglianza testuale tra le parole impiegate nelle pagine del Considerato in diritto della sentenza n. 303/2003 – per delineare a quali condizioni le esigenze unitarie possano *pro futuro* condurre all'attrazione od avocazione in sussidiarietà legislativa – ed i termini spesi quindici anni prima dalla stessa Consulta per “circoscrivere” l'ambito di legittimità dell'interesse nazionale»<sup>24</sup>.

Trovare continuità in una sentenza che ha “riscritto” il Titolo V, dopo che il revisore costituzionale l'aveva a sua volta indubitabilmente riscritto, è significativo. Si inizia ad intravedere per certo, senza tema di smentite né di variazioni linguistiche, una costanza d'assetto (un assetto cui non manca “fede” nel senso dei libretti d'opera sopra citati) che – a questo punto – dipende solo parzialmente dal testo costituzionale del Titolo V<sup>25</sup>. In altri termini, dipende dalle scelte fondamentali del costituente, tra cui il regionalismo, che non è stato messo in discussione nel 2001, né forse può esserlo, stanti i limiti impliciti alla revisione costituzionale.

Il ruolo del collegio di palazzo della Consulta, dunque, non sarebbe stato soltanto quello di porre un freno operativo all'esuberanza delle iniziative regionali assunte con legge: «ad assicurare il rispetto della volontà dei Padri Costituenti in punto di interesse nazionale è storicamente intervenuta proprio la Corte costituzionale [...] è andata ben al di là del dato puramente testuale, espresso dalla lettera del revisionato Titolo V, e della stessa scomparsa “formale” [...] per spingersi, cioè, sino alla costante ricerca dell'intima *ratio* dell'interesse nazionale ovvero delle esigenze di unitarietà e di coesione dell'ordinamento, insuscettibili di alcun frazionamento»<sup>26</sup>.

In questo gioco di molteplicità e unità, l'interesse nazionale è il punto di coagulo di una serie di istanze che ne sono “positivizzazione”, per utilizzare il linguaggio dell'A.<sup>27</sup>. In altri termini, «la verità è che nella Carta costituzionale italiana non è affatto scomparso l'interesse nazionale. L'interesse nazionale è stato più semplicemente positivizzato nonché sistematizzato (grazie anche all'intervento della giurisprudenza costituzionale) nei nuovi istituti delle materie trasversali, di attrazione in sussidiarietà legislativa e della clausola di trasferimento, temporaneo, in capo al Governo statale dell'esercizio delle competenze già attribuite agli Enti territoriali della Repubblica italiana»<sup>28</sup>.

---

*riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003*), in *Le Regioni*, 4-5/2008, p. 849 ss.; A. MITROTTI, *La chiamata in sussidiarietà come meccanismo di recupero dell'interesse nazionale*, in *Ambientediritto.it*, 2018.

<sup>24</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 219.

<sup>25</sup> *Contra*, «per non cadere nell'errore, tipico dei periodi di transizione, di interpretare le nuove previsioni costituzionali alla luce delle categorie sorte nel precedente contesto», M. PICCHI, *La tutela delle istanze unitarie fra interesse nazionale e principio di sussidiarietà*, in *www.issirfa.cnr.it*, 2012.

<sup>26</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 252.

<sup>27</sup> Alla positivizzazione dell'interesse nazionale è esplicitamente intitolato il par. 2 del cap. II, p. 135.

<sup>28</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 368-369.

Non a caso, quelli citati sono argomenti che molto hanno dato da studiare alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale per molti anni dopo la riforma del Titolo V. I molti nomi del sempre vivo (ancor più che redivivo) interesse nazionale si raccordano ad uno solo per vie sotterranee, ed è merito del volume in esame enucleare le diverse occasioni in cui ciò avviene.

Per quanto riguarda i poteri sostitutivi vi sono quattro punti da prendere in considerazione<sup>29</sup>: il significato di attività sostitutiva; la natura dell'atto con cui il Governo interviene, cioè politico o amministrativo; l'oggetto dei poteri effettivamente sostituibili; i presupposti costituzionali che giustificano l'intervento del Governo.

Apparentemente, nulla in comune con la potestà legislativa. Ad un'analisi più attenta, però, si tratta di aspetti complementari, che proprio per questo possono essere ricondotti ad unità. A loro volta, anche le materie trasversali e la chiamata in sussidiarietà hanno in comune soltanto l'attinenza con un meccanismo di flessibilità, volto in favore dello Stato<sup>30</sup>, della competenza legislativa.

Ed è la sola sussidiarietà a collegare la distribuzione della potestà legislativa, ma nella versione data dalla giurisprudenza costituzionale, all'esercizio dei poteri sostitutivi *ex art. 120, co. 2° Cost.*

Ancora, è l'interesse nazionale a costituire lo sfondo sul quale si muovono questi differenti aspetti sollevati dalla riforma del 2001: raccogliendo le argomentazioni dell'A. svolte in vari punti del volume si vede come «le “materie trasversali” sul piano delle competenze legislative *ex articolo 117 Cost.*, la così detta “chiamata in sussidiarietà legislativa” sotto il profilo di esercizio delle funzioni amministrative *ex articolo 118 Cost.*, nonché la “clausola straordinaria dei poteri sostitutivi statali” (*ex articolo 120 Cost.*) sotto entrambi i piani – ossia tanto sul piano di una “surrogazione” nell'esercizio delle funzioni amministrative quanto, non di meno, in punto di una vera e propria ‘sostituzione legislativa’ rispetto alle competenze regionali – costituiscono, ad oggi, gli elementi di una chiara ‘compensazione/emersione’ (dell'araba fenice) dell'interesse nazionale italiano»<sup>31</sup>. E, ancora, «è evidente come al di là dei sottili nominalismi [...] sia piuttosto pacifico che il prevalente interesse nazionale sia stato, sostanzialmente, tradotto con la Legge di revisione costituzionale n. 3/2001 da tipica “clausola di supremazia” [...] ad uno stretto *numerusclausus* di materie trasversali aventi, in qualche modo, l'indiretta

<sup>29</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 257 ss.

<sup>30</sup> Sul punto, cfr: M. CARRER, *Il legislatore competente. Statica e dinamica della potestà legislativa nel modello regionale italiano*, Giuffrè, 2012, S. CALZOLAIO, *Il cammino delle materie nello Stato regionale. La definizione delle competenze legislative nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2012.

<sup>31</sup> A. MITROTTI, *L'interesse nazionale*, cit., p. 122.

funzione di garantire una sorta di interconnessione unitaria ed uniformante tra il sistema delle fonti statale e quello regionale»<sup>32</sup>.

Insomma, «in un sistema costituzionale orfano della “clausola” di supremazia e contestualmente monco della previsione di una sede collaborativa tra gli Enti territoriali, pur tendenzialmente pari ordinati, si profilerebbe infatti soltanto un’unica realistica alternativa fra le due ipotesi possibili: o si collaborerebbe davvero oppure, in mancanza di spirito collaborativo, verrebbe sistematicamente a prevalere il “più forte” soggetto meno collaborativo, ovvero lo Stato; con la buona pace del principio di leale collaborazione (e della stessa sussidiarietà)»<sup>33</sup>.

La flessibilità ostinatamente ricercata dalla Corte costituzionale, la differenza di posizioni tra Stato e Regioni sono, quindi, effetto e non causa: «ne è disceso l’effetto [...] di un’incredibile capacità della sussidiarietà verticale introdotta all’articolo 118 della Costituzione di andare a produrre [...] un’incisiva mobilità ed elasticità» della ripartizione di competenze<sup>34</sup>.

L’attrazione in sussidiarietà, le materie trasversali, così come l’esercizio dei poteri sostitutivi, sono tutti espressione dell’interesse nazionale. Qui giunti, tuttavia, rimane un problema di fondo: tanta flessibilità ha un prezzo, poiché la rottura e la ricostruzione di schemi lasciano – come ovvio attendersi – cicatrici nelle parti vive e giunture in quelle meccaniche.

Il fatto che l’interesse nazionale sia una sfuggente certezza nel modello regionale italiano, dunque, è un problema che, come si è visto sopra, irradia, e non senza difficoltà, dalla sovranità e dall’autonomia come concetti generali all’esercizio minuto delle funzioni amministrative.

### **3. Inafferrabilità dell’interesse nazionale: limite o risorsa?**

Si sono visti quali e quanti problemi ponga l’interesse nazionale, indipendentemente dalla sua formulazione positiva nella Carta fondamentale.

È il momento di domandarsi, al termine dell’*excursus*, se i problemi che solleva sono da considerarsi una risorsa o un limite. Non sempre e non necessariamente, infatti, i problemi che risultano dal rimodellamento di un istituto o dalla riscrittura della Costituzione – come in questo caso – si concludono in aspetti deteriori.

Uno dei problemi, è stato, probabilmente, la miopia del revisore costituzionale: «Il vero ed assai grosso problema di fondo è stato – però – che il legislatore costituzionale del 2001 credesse (o, verosimilmente, sperasse) che nel Palazzo della

<sup>32</sup> A. MITROTTI, *L’interesse nazionale*, cit., p. 122.

<sup>33</sup> A. MITROTTI, *L’interesse nazionale*, cit., p. 117.

<sup>34</sup> A. MITROTTI, *L’interesse nazionale*, cit., p. 103-104.

Consulta i ‘conflitti’ di competenza legislativa oggetto dei futuri contenziosi potessero ‘spontaneamente’ risolversi in natura»<sup>35</sup>.

Posta nelle condizioni di dover risolvere i problemi concreti derivanti dal riparto di competenze successivo al 2001, e nella valutazione di un inedito slancio centrifugo – per seguire la terminologia usata sopra – delle Regioni, la Corte costituzionale è stata quasi di necessità costretta ad individuare dei meccanismi di flessibilità, come essa stessa ha chiamato l’attrazione in sussidiarietà, che non sono certo neutri.

Autorevole dottrina osserva che «uno essendo il valore che potremmo chiamare di “unità-autonomia” ovvero di “autonomia-unità” è evidente che spinte centrifughe e spinte centripete dovrebbero pur sempre ricercare il modo della loro equilibrata composizione»<sup>36</sup>. Il punto è cosa si intende per “equilibrio”: se si tratta di un limite ad una spinta potenzialmente persino eversiva da parte delle Regioni, cosa difficile a credersi; se si tratta di conservare l’unità a favore delle prerogative (non collaborative) dello Stato, cosa possibile, ma contrastante o contraddittoria con le intenzioni della riforma del 2001 e, in un certo senso, persino con l’art 5 Cost.; se una mediazione in cui ogni soggetto istituzionale fa i propri interessi purché essi non siano in diretto contrasto con gli interessi degli altri soggetti, cosa verosimile ma sminuente dell’autonomia stessa; se un accordo a tutti i costi, anche diretto dall’alto, purché venga mantenuto lo *status quo*.

L’equilibrio come mediazione, infatti, riporta il problema alla radice: cosa è l’autonomia, cosa la sovranità e cosa un interesse. Viene a galla il problema del “disegno autonomistico” in sé stesso<sup>37</sup>, cioè dei valori ispiratori più che dei principi giuridici.

La leale collaborazione, come si è visto sopra, è parte della positivizzazione dell’interesse nazionale, ma – e forse ciò non sorprende – è un principio operativo tanto flessibile da non avere un’identità propria o, se si vuole, con potenziali “effetti perversi”<sup>38</sup>: «Non è dato, ad onor del vero, da nessuna parte comprendere, con chiarezza, come distinguere su di un piano certo, astratto e generale per quale tipo di ipotesi collaborativa ricorra la necessarietà di un’intesa forte anziché, piuttosto, di una debole oppure, ancora, per quali casi ci si possa, “semplicemente”, accontentare di forme collaborative più blande, come, ad esempio, la forma di una semplice consultazione informativa di un Ente o la mera richiesta di un parere di tipo non vincolante»<sup>39</sup>. Combinato con l’osservazione sopra riportata tale per cui l’autonomia

<sup>35</sup> A. MITROTTI, *L’interesse nazionale*, cit., p. 168.

<sup>36</sup> A. RUGGERI, *Territorio, persone, Costituzione*, in *Diritti regionali*, 3/2018, p. 15.

<sup>37</sup> Per mutuare l’espressione di G.C. DE MARTIN, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1/2014

<sup>38</sup> Su alcuni altri aspetti, cfr.: 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*, 4/2004, p. 1044 ss.

<sup>39</sup> A. MITROTTI, *L’interesse nazionale*, cit., p. 249.

non ha definizione se non aggettivata, concretizzata, l'interesse nazionale acquista una dimensione del tutto sfuggente.

Infatti, esso richiede – molto banalmente, come già anticipato in apertura – che vi sia una nazione e che questa abbia un interesse. Aspetti, fin qui, problematici<sup>40</sup> ma non irrisolvibili. Almeno sotto il profilo politico: tra i problemi di incompiutezza dell'unità italiana, forse mai veramente affrontati, prima ancora che mai risolti, si può annoverare anche l'individuazione degli interessi nazionali. Il tema, però, tende a sfuggire di mano, perché si rischia di confondere i piani metodologici. Altro è l'interesse nazionale italiano storico, istituzionale, politico, geopolitico<sup>41</sup> e altro è l'interesse nazionale in senso giuridico<sup>42</sup>.

È questo il punto, dunque, su cui si concentrano le difficoltà: l'interesse nazionale come concetto giuridico e non come espressione politica o come sintesi di equilibri, i quali non devono essere necessariamente partitici, bensì possono appartenere alla più ampia gamma dell'indirizzo politico generale degli enti e delle istituzioni.

Possibile, dunque, che i problemi che affliggono l'individuazione dell'interesse nazionale siano a loro volta conseguenza, e non causa, della trasformazione in linguaggio e meccanismi giuridici di problemi irrisolti a livello politico<sup>43</sup>. E, ahimè, non soltanto nel senso delle persone che guidano le istituzioni, bensì a livello di equilibri costituzionali. Ne sia dimostrazione il sistema delle intese, fondamentale nel regionalismo ma non costituzionalizzato, se non marginalmente, come si è avuto modo di accennare.

La Costituzione, specialmente dopo la riforma del Titolo V, presuppone – e in un certo senso ordina – che le tensioni siano tutte risolte per principio, che non vi sia questione nel tenere insieme autonomia e differenziazione, sovranità e decentramento e tutte le combinazioni di opposti che classicamente annotano gli interpreti attenti dell'autonomia e del regionalismo.

Dunque, come accade in qualsiasi costruzione fisica che non è progettata per scaricare le tensioni, i problemi affliggono le giunture, o perché sono i punti più deboli o perché non vi è altro modo per scaricare le tensioni comunque accumulate.

<sup>40</sup> Come ricorda F. MANGANIello, *Interesse nazionale*, cit., vi possono essere anche interessi europei e l'UE non è uno Stato. Eppure, i “vincoli” e gli “obblighi” comunitari e internazionali sono positivizzati nell'art. 117, co. 1° Cost.

<sup>41</sup> O linguistico. Si veda: R. TONIATTI, *Pluralismo sostenibile e interesse nazionale all'identità linguistica posti a fondamento di “un nuovo modello di riparto delle competenze” legislative tra Stato e Regioni*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009.

<sup>42</sup> Vi sarebbe l'ulteriore profilo della distinzione, giuridica, dell'interesse nazionale come espressione di indirizzo politico di maggioranza o come indirizzo politico costituzionale. Come noto, la distinzione non è pacifica in dottrina. V., in ogni caso, A. BARBERA, *Regioni e interesse*, cit.

<sup>43</sup> Creando ovunque sovrapposizioni tra strumenti giuridici: C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2006, p. 817 ss.

L'interesse nazionale e la Corte costituzionale, insieme più che separatamente, sono, quindi, i parafulmini del sistema. E, così, è molto adatto avvicinare la mitologica araba fenice all'interesse nazionale: entrambi sfuggenti, entrambi dati per certi, entrambi dalle caratteristiche più uniche che rare.

Infine: la metafora della fenice – non araba, semplicemente la fenice – è stata autorevolmente utilizzata in tutt'altro contesto. Lontano dal mondo del diritto ma in un punto abbastanza interessante da proporre un parallelo: San Tommaso d'Aquino nel *De ente et essentia* cita la fenice, non come mito ma piuttosto come animale mitologico. Dice: *omnis autem essentia vel quiditas potest intellegi sine hoc quod aliquid intelligatur de esse suo: possumus enim intellegere quid est homo vel Phoenix et tamen ignorare an esse habeat in rerum natura*<sup>44</sup>.

Cioè possiamo comprendere tutto, il massimo del reale – l'uomo – e il massimo dell'irreale – la fenice – e continuare a non occuparci di cosa essi siano concretamente. Come spesso accade per i ragionamenti sulla *intentio prima* e sulla *intentio secunda*, per continuare ad usare un linguaggio caro agli scolastici, il passaggio al diritto è immediato, poiché anche la scienza giuridica ragiona attorno a oggetti mentali, in relazione all'epistemologia.

Quasi inaspettatamente, per un realista metafisico, si osserva che: «non c'è ragione, sembra dire l'Aquinate, per attribuire alla definizione di uomo maggior certezza e fondamento di quella della fenice, di un prodotto dell'immaginazione umana, di un *fictum*»<sup>45</sup>. Ed ecco una ulteriore buona ragione per paragonare l'uccello mitologico all'interesse nazionale.

Ancora, «non essendo determinabile a priori un grado zero, un criterio certo e interno al discorso stesso per cui si dia realismo perfetto, ossia identità assoluta di essenza ed essere, ogni conoscenza discorsiva in quanto strutturalmente molteplice, complessa, non coglie mai in modo pieno e diretto l'esistente, ma è sempre confronto tra cose diverse e rimando ad altro, vale a dire interpretazione»<sup>46</sup>.

Interpretazione che non può non essere calata nel sistema, individuata nei rapporti giuridici. In questo senso, un sano realismo giuridico sarebbe quantomeno appropriato. Tutti, dal revisore costituzionale agli operatori istituzionali, dalla Corte costituzionale alla dottrina sono chiamati a preferire equilibri concreti, ad adeguare, tomisticamente, la realtà e l'intelletto (per richiamare la definizione di verità del Dottore Angelico) piuttosto che sacrificare ad equilibri ideali se non ideologici l'assetto della Repubblica e, di conseguenza, aprire la caccia ad arabe fenici.

<sup>44</sup> Caput 3, versione in [www.corpusthomisticum.org](http://www.corpusthomisticum.org).

<sup>45</sup> L. SPINELLI, *Come l'araba fenice, che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa*, in *Doctor virtualis*, 3/2004, p. 91.

<sup>46</sup> L. SPINELLI, *Come l'araba fenice*, cit., p. 94.

# SPUNTI PER UN NUOVO APPROCCIO AI PROBLEMI DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE E DELLA TASSAZIONE NELL'ERA DEL COVID-19\*

Salvatore Villani\*\*

**ABSTRACT** [ENG]: *The health emergency caused by the Coronavirus pandemic (COVID-19) has highlighted the need to understand and face the challenges of contemporary development through a paradigm shift, that is, through the transition from a development paradigm which concerns only some nations or regions of the planet to a global development paradigm. This paper intends to provide some ideas for an ethical and regulatory approach to the problems of sustainable economic development and taxation, showing how the implementation of a green tax revolution inspired by the theoretical principles of the Capabilities Approach could represent the ideal starting point to begin the aforementioned paradigm shift, organize the economic recovery and accelerate the transition towards more sustainable, resilient and inclusive development economic models.*

**KEYWORDS:** *Green Tax Revolution, Capabilities Approach, Environmental Taxation, Taxation of Global Commons, Sustainable and Inclusive Development.*

**ABSTRACT** [ITA]: *L'emergenza sanitaria causata dalla pandemia di Coronavirus (COVID-19) ha evidenziato la necessità di comprendere ed affrontare le sfide dello sviluppo contemporaneo attraverso un cambiamento di paradigma, e cioè attraverso il passaggio da un paradigma di sviluppo che riguarda soltanto alcune nazioni o regioni del pianeta ad un paradigma di sviluppo globale. Il presente lavoro intende fornire alcuni spunti per un approccio etico e normativo ai problemi dello sviluppo economico sostenibile e della tassazione, mostrando come l'attuazione di una rivoluzione fiscale verde, ed ispirata all'approccio delle capabilities, potrebbe rappresentare il punto di partenza ideale per avviare il suddetto cambiamento di paradigma, organizzare la ripresa economica ed accelerare la transizione verso modelli di sviluppo economico più sostenibili, resilienti ed inclusivi.*

**PAROLE CHIAVE:** *rivoluzione fiscale verde, Capabilities Approach, tassazione ambientale, tassazione dei beni comuni globali, sviluppo sostenibile ed inclusivo.*

---

\*Una prima versione di questo scritto è stata presentata alla *2020 HDCA CONFERENCE: "New Horizons: Sustainability & Justice"*, organizzata dall'*Human Development & Capability Association* presso l'Università di Massey (Nuova Zelanda) dal 30 giugno al 2 luglio 2020.

\*\* Ricercatore e professore aggregato di Scienza delle Finanze presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, Dipartimento di Scienze Politiche. E-mail: salvatore.villani@unina.it.

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. – **1.1.** Politiche di contrasto al cambiamento climatico, attività umane e ruolo dei sistemi tributari.– **1.2.** L'emergenza sanitaria da COVID-19 ed il suo impatto sull'ambiente: gli effetti del "lockdown" e i rischi di un "effetto rimbalzo". – **1.3.** Obiettivi e struttura dell'articolo. – **2.** Misure fiscali anti-COVID e questione climatica: il rischio di un ritorno al passato. – **2.1.** Contraddittorietà delle misure adottate nelle economie emergenti. – **2.2.** Europa e Stati Uniti di fronte alla sfida del COVID e del riscaldamento climatico. – **2.3.** La questione climatica e l'efficacia delle misure fiscali anti-COVID. – **3.** Produzione di energia, mitigazione del cambiamento climatico e benessere umano. – **3.1.** Il cambiamento climatico ed i suoi possibili effetti di retroazione sul benessere. – **3.2.** Il ruolo dell'ambiente e delle questioni ambientali nel CapabilitiesApproach. – **3.3.** L'approccio delle capabilities applicato alla questione dei beni comuni. – **4.** La struttura dei sistemi tributari nel terzo millennio e l'incremento delle disuguaglianze. – **4.1.** Le "profezie" di Tremonti. – **4.2.** Struttura dei sistemi tributari e disuguaglianze. – **5.** Una rivoluzione fiscale per ridurre le disuguaglianze e rafforzare la resilienza dei sistemi tributari. – **5.1.** La nozione di resilienza dei sistemi tributari e le sue determinanti. – **5.2.** Resilienza dei sistemi tributari e giustizia della tassazione: la "ricetta" di Gallo. – **5.3.** Tutela dell'ambiente, sistemi tributari e CapabilitiesApproach: la necessità di un ampliamento della nozione di capacità contributiva. – **6.** Considerazioni conclusive e proposte di policy.

*The debates today are not about  
the need for global agreement on environmental behaviour,  
but about the division of costs and responsibilities  
in dealing with the global challenge*

Amartya Sen\*

---

\*A. SEN, *Sustainable development and our responsibilities*, in «Notizie di Politeia», 26(98), 2010, 129-137

## 1. - Premessa.

La crisi sanitaria causata recentemente dalla pandemia di COVID-19 ha evidenziato la necessità di comprendere ed affrontare le sfide dello sviluppo contemporaneo attraverso un cambiamento di paradigma, e cioè attraverso il passaggio da un paradigma di sviluppo che riguarda soltanto alcune nazioni (per es., le nazioni più ricche al mondo, le più povere, sottosviluppate o in via di sviluppo) o regioni del pianeta (per es., Nord e Sud del mondo) ad un paradigma di sviluppo globale<sup>1</sup>.

Molti studiosi<sup>2</sup> ritengono, infatti, che tale cambiamento sia inevitabile e che l'urgenza di questo cambiamento sia giustificata essenzialmente da tre ragioni: 1) l'interconnessione degli scambi, e soprattutto delle catene di produzione e logistica, che caratterizza il capitalismo contemporaneo; 2) gli effetti del cambiamento climatico e la conseguente sfida dello sviluppo sostenibile; 3) l'impressionante crescita della disuguaglianza globale verificatasi nell'ultimo quarto di secolo.

Tale cambiamento di paradigma costituisce indubbiamente una sfida continua ed un'opportunità entusiasmante, che richiede l'elaborazione di un rinnovato quadro teorico-concettuale ed una trasformazione globale e multidirezionale, volta alla realizzazione di un modello di sviluppo economico più sostenibile, resiliente ed inclusivo<sup>3</sup>. Parte di questa trasformazione dovrebbe dunque essere accompagnata, secondo alcuni, da:

<sup>1</sup> Cfr. J.A. OLDEKOP, R. HORNER et al., *COVID-19 and the case for global development*, in «World Development», 134, 2020, 105044.

<sup>2</sup> Suquestotema, v. R. HORNER, *Towards a new paradigm of global development? Beyond the limits of international development*, in «Progress in Human Geography», 44(3), 2020, pp. 415-436; R. HORNER e D. HULME, *From international to global development: new geographies of 21st century development*, in «Development and Change», 50(2), 2019, pp. 347-378; S. CIUFFOLETTI, M. DERIU, S. MARCENÒ e K. PONETI (a cura di), *La crisi dei paradigmi e il cambiamento climatico*, in «Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale», 16(1), numero speciale, 2019.

<sup>3</sup> Cfr. M. PELLING, *Adaptation to climate change: from resilience to transformation*, Routledge, London-New York, 2010; P. OLSSON, V. GALAZ e W.J. BOONSTRA, *Sustainability transformations: a resilience perspective*, in «Ecology and Society», 19(4), 2014; N. POUW e J. GUPTA, *Inclusive development: a multi-disciplinary approach*, in «Current opinion in environmental sustainability», 24, 2017, pp. 104-108; P. TURNER e N. CRAVEN, *Financing sustainable, resilient and inclusive solutions to attain SDGs 6, 7 and 11*, studio presentato alla *High-Level Conference on Financing for Development and the Means of Implementation of the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Doha (Qatar) 18-19 novembre 2017; E. Giovannini, *L'utopia sostenibile*, Gius. Laterza&Figli Spa, Bari, 2010.

- 1) una maggiore comprensione dei dilemmi della compatibilità socio-ambientale dello sviluppo<sup>4</sup>;
- 2) una analisi più attenta ed accurata degli effetti sul benessere delle misure di adattamento e di mitigazione climatica, al fine di ridurre i possibili effetti di retroazione sulla salute e sull'economia "moderna", ancora eccessivamente dipendente dall'utilizzo dell'energia ricavata dai combustibili fossili<sup>5</sup>;
- 3) una rivoluzione fiscale che miri a limitare lo sfruttamento dei cosiddetti "beni comuni globali" (*global commons*), agevolando così la transizione verso un'economia più sostenibile ed equa, e a rafforzare la resilienza dei tributari e previdenziali per garantire la fornitura ottimale di beni pubblici globali (*global public goods*), quali la salute pubblica globale, il controllo delle malattie infettive, la sicurezza alimentare e sociale e il contrasto al cambiamento climatico<sup>6</sup>.

Il presente lavoro intende mostrare come, nell'epoca dell'emergenza sanitaria da COVID-19, l'attuazione di una rivoluzione fiscale *green* e *CapabilitiesApproach-oriented* potrebbe rappresentare il punto di partenza ideale per avviare la suddetta trasformazione, organizzare la ripresa economica, e realizzare contemporaneamente tutti gli obiettivi sopraindicati.

### **1.1. - Politiche di contrasto al cambiamento climatico, attività umane e ruolo dei sistemi tributari.**

Gli effetti del cambiamento climatico sono sempre più tangibili ed interessano tutte le regioni del pianeta, spingendo quest'ultimo verso un punto oltre il quale i

<sup>4</sup>Cfr. S. HINCHLIFFE, *Helping the earth begins at home. The social construction of socio-environmental responsibilities*, in «Global Environmental Change», 6(1), 1996, pp. 53-62 e M. MACDONALD, *Agendas for Sustainability: Environment and development into the 21st century*, Routledge, London-New York, 2002.

<sup>5</sup>Cfr. W.F. LAMB e J.K. STEINBERGER, *Human well-being and climate change mitigation*, in «Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change», 8(6), e485, 2017.

<sup>6</sup>Cfr. K. BIZZARRI, *Beni pubblici globali. Come gestire la globalizzazione nel XXI secolo*, Fondazione Culturale Responsabilità Etica, Firenze, marzo 2005; W.D. NORDHAUS e J. BOYER, *Warming the world: economic models of global warming*, MIT press, Cambridge, MA, 2000; W.D. NORDHAUS, *Managing the global commons: the economics of climate change*, vol. 31, MIT press, Cambridge, MA, 1994. Sull'uso della leva fiscale come strumento di tutela dei beni comuni globali, vedi invece R. CLÉMENCON, *Financing Protection of the Global Commons: The Case for a Green Planet Contribution*, Working Paper 17, Global Environment Facility, World Bank, Washington, 2000; R.M. BIRD, *Global taxes and international taxation: Mirage and reality*, ICTD Working Paper 28, Institute of Development Studies, Brighton, gennaio 2015; ID., *Are Global Taxes Feasible?*, in «International Tax and Public Finance», 25(5), 2018, pp. 1372-1400; G. CHIRONI, *La tassazione dei beni comuni*, Carocci, Bari., 2018.

danni alle condizioni di esistenza dell'umanità potrebbero diventare gravissimi ed irreversibili<sup>7</sup>. Il livello dei mari continua, infatti, ad aumentare, i ghiacciai si stanno sciogliendo sempre più rapidamente e molte specie si stanno spostando dalle zone equatoriali, o prossime all'Equatore, verso le regioni polari alla ricerca di condizioni più adatte alla loro sopravvivenza. Tale cambiamento, sostengono di comune accordo gli scienziati, è dovuto principalmente alle attività umane e ai sistemi attuali di produzione (basati su tecniche *capital-intensive* e *labour-saving*) e di consumo (che determinano l'esaurimento del capitale naturale disponibile, dal quale dipende il benessere della generazione attuale e di quelle future), palesemente in contrasto con le regole biologiche che caratterizzano gli ecosistemi terrestri<sup>8</sup>. Per definire i devastanti effetti sugli ecosistemi delle attività umane è stata coniata persino una nuova nozione, che è attualmente al centro di un vivo dibattito di natura interdisciplinare sulle sue caratteristiche e sulla sua periodizzazione<sup>9</sup>. Ci riferiamo alle attuali discussioni sul significato e sulle origini della nozione di Antropocene, termine coniato dal premio Nobel per la chimica dell'atmosfera, Paul Crutzen, per definire l'epoca geologica in cui l'ambiente terrestre, inteso come l'insieme delle caratteristiche fisiche, chimiche e biologiche in cui si svolge ed evolve la vita, è fortemente condizionato, a scala sia locale che globale, dagli effetti delle attività

<sup>7</sup> Secondo un recente studio internazionale pubblicato sul "Nature" (T.M. LENTON, J. ROCKSTRÖM, O. GAFFNEY, S. RAHMSTORF, K. RICHARDSON, W. STEFFEN e H.J. SCHELLNHUBER (2019), *Climatetippingpoints – too risky to bet against*, in «Nature», 575, 28 novembre 2019, pp. 592-595), la situazione climatica della Terra è davvero molto delicata: il pianeta avrebbe già raggiunto, sebbene non ancora oltrepassato, ben nove punti di non ritorno (*ninetippingpoints*). Se dovessero verificarsi interazioni tra essi o effetti dannosi a cascata, non è possibile escludere un *tippingpoint globale*, ovvero una minaccia esistenziale alla civiltà umana. In tal caso, nessuna analisi costi-benefici potrà aiutarci, ad eccezione di un radicale cambiamento di approccio al problema, basato su una strategia di cooperazione globale. Non è possibile, infatti, pensare di risolvere un problema mondiale senza un piano d'azione globale. Al riguardo, v. *amplius* J.D. SACHS (2008), *Common Wealth: Economics for a Crowded Planet*, Penguin, Londra, cap. IV.

<sup>8</sup> Cfr. UNEP, *Sustainable Consumption and Production. A Handbook for Policymakers*, New York, 2015; S. POGUTZ e V. MICALE, *Sustainable consumption and production: An effort to reconcile the determinants of environmental impact*, in «Society and Economy», 33(1), 2011, pp. 29-50; L. LEBEL e LOREK S., *Enabling sustainable production-consumption systems*, in «Annual Review of Environment and Resources», 33, 2008, pp. 241-275.

<sup>9</sup> Per un'ampia ed accurata ricostruzione di questodibattito, v. P. HEIKKURINEN (a cura di), *Sustainability and peaceful coexistence for the Anthropocene*, Routledge, London-New York, 2017; J.R. MCNEILL e P. ENGELKE, *The great acceleration: An environmental history of the Anthropocene since 1945*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2016; S.L. LEWIS e M.A. MASLIN, *Human planet: How we created the Anthropocene*, Yale University Press, Londra; J. STEWART, *The Anthropocene: Where Are We Going?*, in S. Loeve, X. Guchet e B.B. Vincent (a cura di), *French Philosophy of Technology: Classical Readings and Contemporary Approaches*, Vol. 29, Springer, Cham, 2018, pp. 227-235; e, più recentemente, F. LAI, *L'Antropocene e il problema degli immutamenti socio-ambientali nelle scienze sociali contemporanee*, in «Palaver», 9(1), 2020, pp. 5-34.

umane<sup>10</sup>. Non essendo un periodo accolto nella scala cronostratigrafica internazionale del tempo geologico (secondo i dettami dell'ICS, *International Commission of Stratigraphy*), l'Antropocene si fa coincidere con l'intervallo di tempo che collega il tempo presente all'epoca della rivoluzione industriale, il momento storico in cui è iniziato – secondo le misurazioni degli studiosi effettuate tra il 1958 e il 2017 nell'osservatorio di Mauna Loa nelle isole Hawaii – l'ultimo consistente aumento delle concentrazioni di CO<sup>2</sup> e CH<sup>4</sup> nell'atmosfera. A partire da questo periodo, infatti, l'impatto dell'uomo sugli ecosistemi sembra essere progressivamente aumentato, veicolato anche da un aumento di 10 volte della popolazione mondiale, ed essersi tradotto in sostanziali alterazioni degli equilibri naturali, che gli scienziati consigliano vivamente di ripristinare prima che le condizioni dell'esistenza umana sulla Terra siano irreversibilmente compromesse.

Le organizzazioni internazionali – e fra queste, in particolare, l'OCSE (2005) – raccomandano da tempo di potenziare le politiche fiscali di tipo ambientale e di ridurre gradualmente il peso dei sussidi economici ai combustibili fossili, poiché incoraggiano gli sprechi, contribuiscono all'aumento delle emissioni ed ostacolano gli sforzi per una maggiore penetrazione delle fonti di energia pulita, penalizzando inutilmente i bilanci pubblici.

L'adozione di un modello di sviluppo economico sostenibile passa, dunque, inesorabilmente attraverso la realizzazione di riforme fiscali ecologiche<sup>11</sup>, e cioè dirette ad incoraggiare la transizione verso la *green economy* e a perseguire il cd. «doppio dividendo» derivante dalle imposte ambientali<sup>12</sup>. Tuttavia, le misure per

<sup>10</sup> Cfr. P.J. CRUTZEN, *The Anthropocene: the current human-dominated geological era*, «Pontifical Academy of Sciences», Acta, 18, 2004, pp. 199-293.

<sup>11</sup> Per un'analisi del rapporto tra fiscalità ambientale e sviluppo sostenibile, v. M.A. ICOLARI, *Fiscalità dell'ambiente, mercato e sviluppo sostenibile: un equilibrio possibile?*, in «Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it», Anno XX, 1, 2020; M. VILLAR EZCURRA, *Sviluppo sostenibile e fiscalità ambientale*, in «Rivista di diritto tributario internazionale», 1, numero unico, 2010, pp. 343-358.

<sup>12</sup> Sugli effetti delle riforme fiscali ecologiche e sulla teoria del doppio dividendo derivante dall'applicazione di tributi ambientali, v. M.A. ICOLARI, *Fiscalità dell'ambiente, mercato e sviluppo sostenibile: un equilibrio possibile?*, cit.; A.F. URICCHIO, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in «Diritto e pratica tributaria», 88(5), 2017, pp. 1849-1868; S.A. PARENTE, *Taxtools of environmental protection*, in M. SITEK, P. TEREM e M. WÓJCICKA, *Collective human rights in the first half of the 21st century*, Alcide De Gasperi University of Euroregional Economy, Józefów, 2015, pp. 319-340; S. DORIGO, P. MASTELLONE e S. GRASSI, *La fiscalità per l'ambiente: attualità e prospettive della tassazione ambientale*, Aracne, Roma, 2013; F. PICCIAREDDA e P. SELICATO, *I tributi e l'ambiente. Profili ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2006; S. CRISAFULLI, *I rapporti fra tassazione ambientale e occupazione (il c.d. doppio dividendo)*, in «Rivista di diritto tributario internazionale», 2-3, 2004, pp. 117-124; P. SELICATO, *La tassazione ambientale: nuovi indici di ricchezza, razionalità del prelievo e principi dell'ordinamento comunitario*, in «Rivista di diritto tributario internazionale», 2-3, 2004, pp.

ridurre gli effetti del cambiamento climatico sul *well-being* potrebbero confliggere con molte forme contemporanee di raggiungimento del benessere, ancora fortemente dipendenti dall'uso di energia derivata dai combustibili fossili. Per questa ragione, la questione principale che richiede urgentemente la massima attenzione dei *policy makers* riguarda gli effetti sul benessere delle varie forme di mitigazione e di adattamento al cambiamento climatico. Molte di esse comportano, infatti, il cambiamento dei processi di produzione, dei comportamenti di consumo e degli stili di vita. Tale cambiamento potrebbe avere, tuttavia, effetti sproporzionati su alcuni settori economici e sui gruppi sociali più vulnerabili da un punto di vista energetico, come le famiglie che, avendo un reddito insufficiente o affrontando improvvisi problemi economici, sociali o di salute, non riescono più a far fronte alle spese della vita quotidiana, a partire dal pagamento delle utenze energetiche, o vivono in abitazioni energeticamente inefficienti.

## **1.2. – L'emergenza sanitaria da COVID-19 ed il suo impatto sull'ambiente: gli effetti del "lockdown" e i rischi di un "effetto rimbalzo".**

Le abitudini di consumo e gli stili di vita stanno cambiando, fra l'altro, anche a seguito della spaventosa crisi sanitaria che ha investito il pianeta e qualcuno ha iniziato a chiedersi se questo possa rappresentare l'inizio di una svolta significativa<sup>13</sup>. Tali cambiamenti nei comportamenti individuali stanno già determinando, infatti, a parere degli esperti, una imponente riduzione delle emissioni globali: entro la fine del 2020 è previsto un calo delle emissioni di gas serra del 4%, un fenomeno che non si verificava da decenni<sup>14</sup>. Le emissioni sono calate, infatti, anche durante la crisi finanziaria del 2008 e gli *shock* petroliferi degli anni Settanta, ma sono poi risalite una volta superata l'emergenza. Si teme, pertanto, che questi progressi nella lotta al

---

257-304; F. BULCKAEN, A. PENCH e M. STAMPINI (a cura di), *Riforme fiscali e politiche ambientali*, vol. 183, FrancoAngeli, Milano, 2002; A. MAJOCCHI, *Riforma fiscale verde, occupazione e benessere*, Atti dei convegni Lincei-Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 172(2), 2001, pp. 369-388.

<sup>13</sup> Cfr. M. CRIST, *Does Coronavirus Bring a New Perspective on Climate Change? Readers discuss the effect of the virus on the environment going forward*, in «The New York Times», 5 aprile 2020.

<sup>14</sup> Cfr. S. EVANS, *Analysis: Coronavirus set to cause largest ever annual fall in CO2 emissions*, in «Carbon Brief», 9 aprile 2020.

cambiamento climatico possano poi essere vanificati dalle misure di stimolo all'economia stabilite dai governi di tutto il mondo.

La maggior parte dei paesi OCSE coinvolti nell'emergenza sanitaria ha messo in campo una serie di provvedimenti straordinari, unici per ambito, per estensione e per rapidità di azione. Le risorse poste a disposizione non sono state, tuttavia, in molti casi all'altezza della situazione e l'erogazione diretta di denaro ai soggetti più vulnerabili e alle imprese è stata sinora limitata a pochi paesi. La maggior parte dei paesi è intervenuta per sostenere la liquidità delle imprese, stabilendo differimenti nel pagamento delle imposte e dei contributi, facilitando l'accesso al credito e con strumenti di prestito specifici. Due terzi dei paesi OCSE ha istituito o rafforzato misure di sostegno al reddito dei lavoratori (dipendenti e autonomi) ed introdotto od ampliato forme di cassa integrazione per consentire alle imprese di ridurre l'orario di lavoro senza licenziare. Pochissimi paesi hanno, invece, adottato misure a tutela dell'ambiente o deciso interventi finalizzati a mitigare il cambiamento climatico e a favorire l'adattamento ai mutamenti del clima. Questi ultimi, infatti, sono spesso considerati costosi e visti come un ulteriore peso per l'economia. Pertanto, le politiche ambientali ed i risultati raggiunti sinora dai governi nella lotta al cambiamento climatico rischiano di essere vanificati da un improvviso ritorno dell'attività economica e della mobilità ai livelli pre-crisi.

Una ripresa dell'attività produttiva che implichi un "effetto rimbalzo" ed una repentina risalita del livello delle emissioni contribuirebbe indubbiamente a rilanciare l'economia, determinando un incremento del prodotto interno lordo. L'effetto sull'ambiente e sul benessere economico potrebbe essere, tuttavia, controproducente. L'attuale situazione, infatti, potrebbe sottrarre risorse ed impegno politico alla causa climatica, ritardando o addirittura bloccando la transizione energetica verso modelli di sviluppo più sostenibili ed inclusivi. In altri termini, e come mostreremo nel prosieguo di questo lavoro (v. § 2), i cambiamenti nelle abitudini personali causati dall'emergenza pandemica potrebbero risultare inutili a risolvere il "dilemma ambientale" se i governi del pianeta decidessero di aumentare gli investimenti nei tradizionali processi di produzione industriale, invece di proseguire verso una completa decarbonizzazione dell'economia globale<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Nicholas Stern, nel suo famoso rapporto del 2006 sul cambiamento climatico, illustrò per la prima volta la gravità dei rischi dell'inazione o di un intervento tardivo volto a fronteggiare il cd. "dilemma ambientale". È evidente che ulteriori investimenti nei tradizionali processi di produzione industriale, effettuati al fine di

### 1.3. - Obiettivi e struttura dell'articolo.

È evidente che il discorso sulle strategie più idonee a fronteggiare il cambiamento climatico – oppure altri eventi disastrosi, come le crisi economiche e sanitarie – dovrebbe essere meglio integrato con gli assunti teorici della teoria del benessere<sup>16</sup>. Una più completa integrazione di quest'ultima nelle strategie adottate per ridurre l'impatto economico e sociale del cambiamento climatico potrebbe contribuire ad evitare i potenziali conflitti (tensioni) tra le misure di mitigazione concretamente applicate ed il consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili. A tal fine, alcuni studiosi ritengono che le misure di mitigazione dei cambiamenti climatici ed i consumi di combustibili fossili non possono essere considerati separatamente dalle loro relazioni con il benessere e che, pertanto, è necessaria una nuova concezione filosofica ed economica, che sia capace di catturare le complesse relazioni tra i suddetti fenomeni contrastanti. Tale concezione dovrebbe ispirarsi al *Capabilities Approach* e consentire di inquadrare le potenziali implicazioni per il benessere dei «conflitti energetici» tra consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili e mitigazione del cambiamento climatico come questioni di giustizia<sup>17</sup>.

Il presente lavoro si muove all'interno del percorso tracciato da Wood e Roelich (v. § 3)<sup>18</sup>, ma mira a svilupparlo ulteriormente da un punto di vista operativo, mostrando come le riforme fiscali ecologiche contemporanee, se ispirate al *Capabilities Approach*, potrebbero più efficacemente contribuire a realizzare un sistema energetico globale inclusivo, sostenibile, accessibile e sicuro, che fornisca soluzioni alle sfide energetiche e, nel contempo, crei valore per le imprese e per l'intera società

---

rilanciare l'economia dei paesi colpiti dall'emergenza sanitaria da *Coronavirus*, potrebbero produrre effetti ancor più gravi ed irreversibili rispetto a quelli che erano stati da lui originariamente prospettati. Cfr. ancora S. EVANS, *Analysis: Coronavirus set to cause largest ever annual fall in CO2 emissions*, cit., e L.Y. SULISTIAWATI e D.K. LINNAN, *Covid 19 Versus Climate Change Impacts: Lesson Learned During the Pandemic*, NUS Asia-Pacific Centre for Environment Law Working Paper, 20(04), 2020.

<sup>16</sup> Anche altri studiosi del cambiamento climatico e delle sue conseguenze hanno espresso recentemente la stessa esigenza. Cfr., *infra alios*, W.F. LAMB e J.K. STEINBERGER, *Human well-being and climate change mitigation*, in «Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change», 8(6), p. 485, 2017 e N. WOOD e K. ROELICH, *Tensions, capabilities, and justice in climate change mitigation of fossil fuels*, in «Energy Research & Social Science», 52, 2019, pp. 114-122.

<sup>17</sup> N. WOOD e K. ROELICH, *Tensions, capabilities, and justice in climate change mitigation of fossil fuels*, cit., p. 117 e ss..

<sup>18</sup> Ci riferiamo all'impianto teorico descritto in N. WOOD e K. ROELICH, *Tensions, capabilities, and justice in climate change mitigation of fossil fuels*, cit..

civile, senza compromettere l'equilibrio fra i tre elementi fondamentali del *tensionstriangle* descritto da Wood e Roelich (consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili, mitigazione del cambiamento climatico e *well-being attainment*).

È da alcuni decenni ormai che si rileva come i suddetti cambiamenti in corso nell'ambiente hanno ripercussioni di natura economica e sociale che mettono a dura prova la sostenibilità non solo del settore finanziario, ma anche dei sistemi di finanziamento pubblici intesi nel loro complesso. In diversi paesi, sono in corso dibattiti sull'impatto economico e sociale dei suddetti cambiamenti e sono state progettate e/o realizzate riforme per rendere i moderni sistemi tributari più resilienti, ovvero più idonei ad affrontare adeguatamente le nuove sfide economiche, sociali e tecnologiche del XXI secolo (v. § 4). Questo lavoro intende mostrare come l'allargamento dell'area impositiva secondo nuovi criteri di giustizia distributiva ispirati al *Capabilities Approach* potrebbe servire ad aumentare la mobilità degli assetti sociali e a sviluppare strategie di adattamento dei sistemi di finanza pubblica ai cambiamenti prodotti non solo dalle emergenze ambientali, ma anche da altri fenomeni improvvisi ed avversi, come le crisi economiche e le significative perdite di gettito causate dall'adozione di pratiche fiscali non trasparenti o dannose.

Il lavoro affronta, pertanto, la delicata questione dell'ammissibilità di tributi correlati al benessere degli individui, misurato sulla base di indicatori e parametri non monetari, come le *capabilities*<sup>19</sup>, e prende in esame la proposta di istituire imposte sui cosiddetti «beni comuni globali» – come l'atmosfera, il clima, la salubrità dell'ambiente, gli oceani, il bagaglio di conoscenza umana e tutti quei beni, come

<sup>19</sup> L'opportunità di utilizzare indicatori della capacità contributiva correlati alle *capabilities* è stata sostenuta con forza, in una prospettiva redistributiva, da Gallo. Cfr. F. GALLO F., *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia della tassazione*, Il Mulino, Bologna, 2007; ID., *Disuguaglianze, giustizia distributiva e principio di progressività*, in «Rassegna Tributaria», 2, 2012, p. 287 ss.; ID., *L'uguaglianza tributaria*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; ID., *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, Relazione al convegno «L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva», Roma, 11 giugno 2012, in «Rassegna tributaria», 56(3), 2013, pp. 499-507; ID., *Ancora in tema di uguaglianza tributaria*, in «Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze», 72(4), 2013, pp. 321-353; ID., *Un fisco che sa distribuire le risorse alla base delle democrazie moderne*, in «Diritto e pratica tributaria», 84(4), 2013, pp. 994-995; ID., *Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva*, in «Politiche Sociali», 2, 2014, pp. 221-232; ID., *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in «Rassegna Tributaria», 4, 2015, pp. 771-784. In seguito, tuttavia, anche altri autori ne hanno condiviso l'impostazione di fondo. Per una valutazione critica di questa proposta v., invece, D. LANZI, *Tassare le Capacità: Una Nota Critica*, «Studi e Note di Economia», 15(1), 2010, pp. 177-81 e D. STEVANATO, *La giustificazione sociale dell'imposta. Tributi e determinabilità della ricchezza tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 419-429.

Internet, che sono frutto della creazione collettiva<sup>20</sup> – e di redistribuirne il gettito per ridurre le disuguaglianze economiche e la povertà (v. § 5). La rapacità del capitalismo è responsabile, infatti, del progressivo esaurimento di queste risorse destinate a soddisfare interessi della collettività e perciò meritevoli di tutela. È oggi più che mai urgente una seria riflessione su come difenderli, obbligando coloro che ne dispongono, o che si trovano in situazioni di particolare vantaggio rispetto ad essi, a sopportarne i costi, evitando che essi vengano poi a ricadere sull'intera collettività sotto forma di danni.

In particolare, l'articolo si struttura come segue. Nel secondo paragrafo sono esposte alcune delle questioni con cui molti dei paesi più avanzati dovranno cimentarsi nei prossimi anni, per accompagnare il processo di transizione della loro economia verso modelli di sviluppo più sostenibili ed inclusivi, all'indomani della recessione globale scatenata dal nuovo *Coronavirus* noto col nome di *Covid-19*. Dopo una breve descrizione dei pacchetti di stimolo fiscale varati, o in corso di approvazione, in molti di questi paesi, sono presentate alcune valutazioni di massima sull'efficacia delle misure adottate e sulla loro compatibilità con la causa climatica. Le politiche *green* sono risultate le più desiderabili in assoluto, perché adatte sia a ridurre l'impatto ambientale dei sistemi energetici sia a stimolare la crescita economica nei paesi colpiti dalla pandemia. Nel terzo paragrafo sono analizzate le relazioni tra le diverse forme di utilizzo/produzione dell'energia, la mitigazione climatica, ed il benessere umano. Questa parte dell'articolo è diretta, in particolare, ad evidenziare come il dibattito sulle politiche pubbliche più idonee a ridurre l'impatto economico e sociale del cambiamento climatico debba essere integrato con gli assunti teorici del *Capabilities Approach* ideato da Amartya Sen e da Martha Nussbaum. Tale approccio, infatti, oltre ad essere utile per la progettazione di politiche ambientali che favoriscano la transizione ecologica dell'economia globale, potrebbe diventare determinante per la comprensione e la risoluzione dei conflitti energetici tra le misure di mitigazione ambientale ed il consumo di energia derivante dai combustibili fossili. Nel quarto e nel quinto paragrafo, alla luce delle più recenti

---

<sup>20</sup> Sulla definizione di bene comune globale e sulle diverse forme di classificazione dei beni comuni, cfr. K. BIZZARRI, *Beni pubblici globali. Come gestire la globalizzazione nel XXI secolo*, cit.; J.B. ROSSER JR., *Frontiere della ricerca economica*, Istituto della Enciclopedia Treccani, Roma, 2009; G. RICOVERI, *Beni comuni vs merci*, Jaca Book, Milano, 2010; e, più recentemente, V. TERMINI, *Beni comuni, beni pubblici. Oltre la dicotomia Stato-mercato*, in P. CIOCCA; I. MUSU, *Il sistema imperfetto. Difetti del mercato, risposte dello Stato*, Luiss University Press, Roma, 2016, pp. 17-45.

tendenze nell'evoluzione dei sistemi tributari e delle profezie sulla fiscalità del terzo millennio, formulate alla fine del secolo scorso da Giulio Tremonti, è presa in considerazione l'idea di creare sistemi di tassazione più equi e più attenti alle questioni ambientali, oltreché alle esigenze delle persone economicamente o socialmente svantaggiate. È discussa, in modo particolare, la delicata questione dell'ammissibilità di tributi correlati al benessere degli individui, misurato sulla base di indicatori e parametri non monetari, come le *capabilities*, ed è presentata l'idea di realizzare un sistema tributario fondato sull'impianto concettuale proposto da Sen e dalla Nussbaum e diretto a: 1) limitare lo sfruttamento dei cosiddetti "beni comuni globali"; 2) superare i summenzionati conflitti energetici tra le misure di mitigazione ambientale ed il consumo di energia prodotta dai combustibili fossili; 3) rafforzare la resilienza dei sistemi economici, finanziari e previdenziali, riducendo le disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza, nelle dotazioni di capitale umano e nella fornitura di servizi pubblici ed infrastrutture, che congiuntamente ostacolano il pieno sviluppo della persona umana<sup>21</sup>. Nel sesto paragrafo sono espone le conclusioni del lavoro ed alcune proposte di *policy* volte a contrastare il cambiamento climatico, come quella di istituire una tassa multilaterale e coordinata sulle emissioni di gas serra o di prevedere agevolazioni fiscali a favore dei cosiddetti *fuelpoors* ("poveri di energia"), vale a dire dei soggetti che non riescono ad acquistare nemmeno quel livello minimo di energia che servirebbe a garantire loro uno *standard* di vita dignitoso ed una buona salute.

## **2. - Misure fiscali anti-COVID e questione climatica: il rischio di un ritorno al passato.**

La pandemia da *Coronavirus (Covid-19)* ha generato, come si è detto, per moltissimi paesi, una gravissima emergenza sanitaria e sta già producendo una non meno grave crisi economica<sup>22</sup>. In risposta al peggioramento delle prospettive di crescita e

<sup>21</sup> Sulla opportunità di introdurre nuovi elementi di capacità contributiva per realizzare una riforma della fiscalità ambientale e per valorizzare comportamenti *green oriented*, si veda anche V. FICARI (a cura di), *I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente*, Studi dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Tributario, Aracne, Roma, 2018.

<sup>22</sup> L'OCSE, nel suo ultimo rapporto sull'impatto economico della pandemia (cfr. OCSE, *OCSE Interim Economic Assessment - Coronavirus: The world economy at risk*, OCSE Publishing, Parigi, 2 marzo 2020), ha

all'incremento della volatilità dei mercati, le autorità di molti paesi hanno deciso di adottare forti misure espansive a sostegno dei redditi di famiglie e imprese, del credito all'economia e della liquidità sui mercati<sup>23</sup>. La maggior parte dei paesi OCSE coinvolti nell'emergenza sanitaria ha messo in campo una serie di provvedimenti straordinari, sostenendo la liquidità delle imprese e stabilendo differimenti nel pagamento di imposte e contributi, ma pochissimi paesi hanno adottato misure a tutela dell'ambiente o deciso interventi finalizzati a mitigare il cambiamento climatico e a favorire l'adattamento ai mutamenti del clima. Si teme, pertanto, che le politiche ambientali ed i risultati raggiunti temporaneamente nella lotta al cambiamento climatico siano alla fine vanificati dal verificarsi di un probabile effetto rimbalzo.

### **2.1. - Contraddittorietà delle misure adottate nelle economie emergenti.**

Un esempio è emblematico. In Cina, la Banca centrale, prevenendo un drastico calo del PIL ed una probabile recessione, ha adottato diverse misure di sostegno all'economia e ai mercati finanziari. Alcune di esse hanno segnato, tuttavia, se non un'inversione di rotta, almeno un rallentamento nell'attuazione delle norme sulla protezione dell'ambiente contenute nei più recenti documenti di pianificazione socio-economica varati dal governo cinese<sup>24</sup>. Pechino ha rivisto, infatti, i suoi obiettivi sulla mobilità pulita riclassificando i veicoli ibridi benzina-elettrici e rendendo, in questo modo, più agevole alle case automobilistiche il rispetto delle quote di produzione di veicoli NEV (*Neighborhood Electric Vehicles*), ossia di veicoli elettrici che non producono emissioni di scarico. Si tratta ovviamente di un cambiamento mirato a dare respiro a tutta la filiera dell'auto, colpita duramente dalla pandemia, e ad apportare benefici

---

previsto che la crescita del PIL globale annuo scenderà al 2,4% nel 2020, da un già debole 2,9% nel 2019, e ritornerà a crescere ad un ritmo più sostenuto (3,3%) nel 2021, ammesso sempre che non si assista ad una probabilissima risalita dei contagi nella seconda parte del corrente anno.

<sup>23</sup> Per un confronto dettagliato tra le misure di emergenza adottate finora nei 32 paesi che il FMI considera "economie avanzate" per rispondere alla crisi economica causata dal Coronavirus, v. F. ANGELI, E. FRATTOLA e P. MISTURA, *Le misure fiscali anti-Covid nei 32 paesi avanzati: un confronto aggiornato*, Università Cattolica di Milano, Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani, Milano, 2020.

<sup>24</sup> Dal 1° gennaio 2015, in Cina è entrata in vigore la nuova legge per la protezione ambientale, che manifesta la volontà del Governo cinese di incorporare la protezione ambientale nella pianificazione socio-economica.

alle imprese *leader* del settore. Tale cambiamento, tuttavia, se il governo cinese dovesse continuare a prevedere ulteriori misure di questo genere nel tentativo di rilanciare la sua economia, potrebbe cancellare i progressi faticosamente compiuti in passato da Pechino verso un modello di sviluppo più sostenibile<sup>25</sup>.

Un rischio analogo si ravvisa nel caso di alcune tra le più importanti economie emergentimaggiormente responsabili dei livelli di gas serra presenti oggi nell'atmosfera, come l'India<sup>26</sup>, il Brasile<sup>27</sup> e l'Australia<sup>28</sup>. In tutti questi paesi si teme, infatti, che le politiche pubbliche di sostegno alla ripresa dalla crisi economica causata dalla pandemia di nuovo *Coronavirus* SARS-CoV-2 possano determinare un rallentamento, se non una vera e propria inversione di rotta, nell'attuazione delle politiche ambientali e degli obiettivi di sviluppo sostenibile definiti nell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite.

<sup>25</sup> La questione delle conseguenze causate dall'alto livello di inquinamento atmosferico, della terra e dell'acqua nella maggior parte della Cina, soprattutto nelle grandi città, ha portato gradualmente il Governo cinese ad adottare nuove leggi, decreti e standard nazionali in materia di tutela ambientale. Ricordiamo alcuni degli interventi legislativi più rilevanti in materia di prevenzione e controllo dell'inquinamento atmosferico: la *Law on Prevention and Control of Atmospheric Pollution*, la *Environmental Impact Assessment Law*, la *Cleaner Production Promotion Law*, la *Renewable Energy Law*, la *Energy Conservation Law*, la *Water Pollution Control Law*, la *Circular Economy Promotion Law* e la *Vehicles and Ships Tax Law*.

<sup>26</sup> L'India, complice anche il rallentamento delle attività economiche causato dalla pandemia, ha fatto registrare, nel primo quadrimestre del 2020, un calo delle emissioni di CO<sup>2</sup> senza precedenti, invertendo un *trend* di crescita che resisteva da oltre 37 anni. Nello stesso periodo, tuttavia, il governo indiano ha continuato ad approvare una serie di importanti progetti industriali e ad allentare le norme per la valutazione dell'impatto ambientale delle grandi opere, rischiando così di annullare gli effetti di riduzione dell'inquinamento prodotti durante il *lockdown*. Cfr. V. CHANDRASHEKHAR, *India's push to relax environmental assessment rules amid pandemic draws criticism*, in «Science», 7 maggio 2020.

<sup>27</sup> La regione amazzonica del Brasile sta attraversando una preoccupante battuta d'arresto sul piano delle politiche ambientali. Negli ultimi anni sono stati portati avanti, infatti, grandi progetti infrastrutturali, ma la deforestazione dell'Amazzonia non è stata arrestata e la protezione ambientale è stata drasticamente ridotta. Cfr. L. FERRANTE e P.M. FEARNESIDE, *The Amazon's road to deforestation*, in «Science», 369(6504), 2020, p. 634.

<sup>28</sup> Il governo australiano, nella Legge di bilancio federale 2020-21, abbandonando un dogma di lunga data su debito pubblico e disavanzo, ha deciso lo stanziamento di ingenti risorse finanziarie per sostenere l'impatto socio-economico della pandemia causata dal COVID-19. Le misure previste per contrastare il cambiamento climatico sono state, tuttavia, alquanto deludenti: tra giugno 2019 e marzo 2020 l'Australia è stata squassata dall'ondata di incendi più devastante nella storia del paese; il governo Morrison, tuttavia, non ha minimamente cambiato i suoi programmi, decidendo di non adottare obiettivi climatici più stringenti, rispetto a quelli previsti finora, e non prevedendo nuovi finanziamenti per la produzione di energie rinnovabili. Cfr. L. COX, *"Disappointing" environment budget short on new funding for Australian renewables*, in «The Guardian», 6 ottobre 2020.

## 2.2. - Europa e Stati Uniti di fronte alla sfida del COVID e del riscaldamento climatico.

L'impegno nella lotta contro il cambiamento climatico dei paesi europei sembra, invece, più concreto. L'Unione europea ha previsto di dedicare un quarto del proprio bilancio alla lotta contro i cambiamenti climatici e ha istituito un Piano di investimenti per un'Europa sostenibile (COM(2020)21), nonché un *Fondo per la transizione giusta* (COM(2020)22) con una dotazione davvero consistente (7,5 miliardi di euro), che rappresenta uno dei pilastri del *Meccanismo per una transizione giusta*, volto a mobilitare investimenti a favore delle regioni più esposte alle ripercussioni negative della transizione a causa della loro dipendenza dai combustibili fossili o da processi industriali ad alta intensità di gas a effetto serra.

La Commissione europea ha inoltre annunciato la presentazione di:

- 1) una *Strategia per l'idrogeno*, che mira alla decarbonizzazione dell'industria, dei trasporti, della produzione di energia elettrica e dell'edilizia in tutto il continente;
- 2) una strategia industriale basata sulla digitalizzazione e le nuove tecnologie per decarbonizzare e modernizzare le industrie ad alta intensità energetica<sup>29</sup>;
- 3) una proposta per la produzione di acciaio a zero emissioni di carbonio (entro il 2020);
- 4) il rilancio del piano d'azione strategico sulle batterie del 2018, anche in vista della prevista maggiore diffusione dei veicoli elettrici.

Ulteriori misure sono state preannunciate, infine, per realizzare in modo compiuto l'economia circolare e per promuovere cicli produttivi e prodotti sostenibili.

Il 21 luglio, superando le resistenze dei paesi "parsimoniosi" del Nord Europa, è stata persino raggiunta una storica intesa sullo stanziamento di 1.074 miliardi per il bilancio 2021-27 (il cosiddetto *Quadro Finanziario Pluriennale*) e di altri 750 miliardi per le misure del fondo *Next Generation Eu* contro l'impatto del Covid-19 (il cd. *Recovery Fund*). Questi interventi segnano, tuttavia, un accordo al ribasso sul fronte della lotta al cambiamento climatico e della sostenibilità. Il rispetto degli obiettivi del

<sup>29</sup> La strategia elenca 38 azioni per realizzare un sistema energetico più integrato. Tra queste si annoverano la revisione della normativa vigente; il sostegno finanziario; la ricerca e l'introduzione di nuove tecnologie e strumenti digitali; orientamenti per guidare gli Stati membri nell'elaborazione di misure fiscali e nella graduale eliminazione dei sussidi ai combustibili fossili; la riforma della governance del mercato; la pianificazione infrastrutturale e una migliore informazione rivolta ai consumatori.

*Green Deal europeo*, proposto prima della pandemia dalla presidente della Commissione Ursula von der Leyen, resta in buona sostanza dipendente dalla buona volontà dei governi e dai piani di sostenibilità delle finanze pubbliche nazionali.

È vero, inoltre, che almeno il 30% degli stanziamenti di bilancio a lungo termine e del *Recovery Fund* saranno dedicati a raggiungere gli obiettivi climatici, in virtù dei quali l'Unione si è impegnata ad attuare l'Accordo di Parigi e le intese sullo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, ma l'accordo ha comportato tagli alla spesa pubblica per il clima e a programmi ambientali. Ad esempio, il Fondo per la transizione energetica equa (*Just Transition Fund*, Jtf) ha subito una riduzione a 17,5 miliardi dai 40 proposti inizialmente.

Tra i paesi dell'UE, la Germania sta svolgendo il ruolo di apripista nella svolta *green* del Vecchio Continente. L'anno scorso ha infatti annunciato un importante piano di tutela ambientale (il cd. *Klima Paket*) da ben 54 miliardi, spalmati in 4 anni, con l'obiettivo di favorire la mobilità sostenibile, l'utilizzo di sistemi per il riscaldamento domestico più ecologici e la creazione di un sistema di certificati per l'emissione di CO<sub>2</sub> in quei settori non inclusi nel mercato europeo ETS (*Emissions Trading Scheme*)<sup>30</sup>. L'impatto economico della pandemia è stato tuttavia dirompente per il Paese e, nonostante l'approvazione dell'ambizioso piano di riforma, la Germania non è riuscita a centrare l'obiettivo di riduzione delle emissioni fissato dall'UE.

Il caso tedesco ha suscitato molto clamore mediatico. Si tratta, infatti, di un caso emblematico, avendo la Germania presentato il suo piano mentre era sull'orlo della recessione tecnica, con lo scopo di conciliare l'obiettivo dello sviluppo economico con quello della lotta al cambiamento climatico. È interessante notare, tuttavia, come all'esperienza di questo paese si siano ispirati anche altri Paesi europei (Polonia, Francia, Belgio, Lituania, Irlanda e Paesi Bassi) che, in risposta alle sfide poste dagli *environmentaldilemmas*, sono già da alcuni anni impegnati per rendere il proprio modello di crescita e di sviluppo sempre meno dipendente dal carbonio. Alcuni di essi (i paesi dell'Europa orientale, per esempio) sono oggi preoccupati per i costi

---

<sup>30</sup> Il *Klima Paket* dovrebbe essere finanziato per una parte modesta mediante i ricavi provenienti da questo schema di certificati e, in misura più ampia, attraverso la costituzione di un veicolo privato *ad hoc*, operante al di fuori del perimetro della pubblica amministrazione, il cui capitale sarebbe raccolto principalmente presso gli investitori attraverso l'emissione di maxi-obbligazioni *green* e sostenuto da una partecipazione statale *una tantum*. Il veicolo concederebbe prestiti per finanziare progetti conformi a determinati requisiti di sostenibilità ambientale.

economici e sociali della transizione energetica, dal momento che la loro economia è improntata ad un modello fortemente inquinante. Un problema non di poco conto in questo senso è costituito dalla drastica riduzione, prevista in conseguenza della pandemia da *Coronavirus*, del Jtf, il fondo istituito nell'ambito delle negoziazioni sul *Recovery Fund* per favorire la transizione energetica di quelle aree europee maggiormente legate a produzioni inquinanti.

Difficile dire se il *Green Deal* lanciato dalla presidente della Commissione Ursula Von derLayen sarà implementato, in quanto tempo, e quale sarà il suo grado di incidenza a livello mondiale. Negli Stati Uniti, intanto, l'attuale nuovo inquilino della Casa Bianca e l'ex-presidente, durante la loro campagna elettorale, hanno sostenuto opinioni radicalmente diverse sulla politica climatica e su altre problematiche ambientali, come ad esempio le infrastrutture per l'energia pulita e la tutela del territorio. Per quanto concerne poi il futuro dell'energia, l'amministrazione Trump non ha fatto mistero del suo entusiasmo per le fonti fossili. L'ex-presidente ha persino difeso a spada tratta il più "sporco" di tutti i combustibili, il carbone, e ha utilizzato, ogni volta che è stato possibile, fondi pubblici federali per aiutare le industrie del gas e del petrolio. Tanto per fare un esempio, durante la pandemia, l'amministrazione Trump ha tagliato ulteriormente i canoni già bassi per le trivellazioni su terreni federali. All'opposto, Biden ha annunciato un piano da 2,2 trilioni di dollari per decarbonizzare la rete elettrica statunitense entro il 2035 e l'intera economia del paese entro il 2050 – obiettivi profondamente ambiziosi da qualsiasi punto di vista. Il neopresidente è anche riuscito ad unire un'ampia fascia di democratici centristi, capi sindacali, attivisti ambientali e *manager* dell'energia pulita, che in passato erano stati spesso in contrasto.

Se ne deduce che dall'esito delle presidenziali americane – e dei ricorsi esperiti dall'ex-presidente per i presunti brogli elettorali – dipenderanno non solo le politiche energetiche degli USA, ma anche il ritmo della decarbonizzazione e, quindi, indirettamente, la salute del clima e del pianeta.

### 2.3. - La questione climatica e l'efficacia delle misure fiscali anti-COVID.

Nel frattempo, la crescita economica globale risulta gravemente compromessa e, stando alle previsioni del Fondo Monetario Internazionale<sup>31</sup>, l'economia globale dovrebbe tornare a crescere (del 5,8%) solo nel 2021. I rischi per esiti ancor più gravi restano, tuttavia, considerevoli. Le simulazioni del FMI mostrano, infatti, che le prospettive economiche di medio termine dipendono dalla capacità di paesi ed istituzioni internazionali di agire efficacemente e con tempestività per evitare che l'impatto della pandemia abbia effetti persistenti sulla fiducia, sugli investimenti e sulla solidità dei sistemi finanziari.

La questione che a questo punto si pone è: una recessione globale potrebbe rallentare, o addirittura fermare, il processo di transizione dell'economia globale verso modelli di sviluppo più sostenibili ed inclusivi? E, più in particolare, i dilemmi principali con cui i governi del mondo dovranno cimentarsi nell'era del post-COVID sono:

- 1) i programmi di salvataggio e di stimolo fiscale varati o in corso di approvazione in molti dei paesi colpiti dal *virus* riusciranno a rilanciare in modo efficace la crescita economica senza sottrarre risorse ed impegno politico alla causa climatica?
- 2) quali politiche potrebbero essere più adeguate a rilanciare la crescita economica nei paesi colpiti dalla pandemia, senza causare un ulteriore incremento delle disuguaglianze e della povertà?

Alcuni studiosi hanno già tentato di fornire una risposta a queste domande. Una ricerca realizzata nel mese di maggio 2020 da un gruppo di esperti di fama internazionale coordinato dal Prof. Hepburn dell'Università di Oxford<sup>32</sup> sono stati esaminati circa 700 pacchetti di stimoli fiscali, classificabili in 25 tipologie di interventi, ed è stato intervistato un cospicuo numero (231) di analisti e studiosi di tutto il mondo (tra cui, funzionari di banche centrali e di ministeri delle Finanze, accademici ed esponenti di numerosi *thinkthank*), cui è stato chiesto di valutare l'efficacia relativa delle misure prese in esame, in base alla loro velocità di attuazione,

<sup>31</sup> Cfr. FMI, *World Economic Outlook*, Washington, aprile 2020.

<sup>32</sup> Cfr. C. HEPBURN, B. O'CALLAGHAN, N. STERN, J. STIGLITZ e D. ZENGHELIS, *Will COVID-19 fiscal recovery packages accelerate or retard progress on climate change?*, in «Oxford Review of Economic Policy», 36(S1), 4 maggio 2020.

all'effetto moltiplicatore, al potenziale impatto sul clima e alla loro "desiderabilità complessiva". I dati hanno mostrato che le misure a favore del clima sono da ritenere più vantaggiose rispetto a quelle "tradizionali" non solo nel rallentare il riscaldamento globale, ma anche in termini di impatto economico complessivo. Le politiche *green*, infatti, avrebbero la capacità di produrre maggiore occupazione, offrire rendimenti più elevati nel breve termine e generare maggiori risparmi sui costi nel lungo termine. Esse, inoltre, produrrebbero – attraverso la diminuzione dei costi reali dell'energia – una serie di altri benefici, come la riduzione delle disuguaglianze sociali e sanitarie.

Tali conclusioni si rivelano estremamente interessanti se considerate nella prospettiva di analisi che intendiamo proporre in questo scritto: in un mondo globalizzato ed iper-connesso, dominato dall'incertezza e segnato dal cambiamento climatico – che è determinato all'eccessiva dipendenza delle nostre economie dai combustibili fossili ed influisce sul funzionamento degli ecosistemi, favorendo anche la diffusione di agenti patogeni e l'insorgere di nuove epidemie – le politiche economiche *green* possono essere considerate come le più desiderabili in assoluto, essendo contemporaneamente adatte a ridurre l'impatto ambientale dei sistemi energetici e a stimolare la "resilienza trasformativa" del sistema socioeconomico.

### **3. - Produzione di energia, mitigazione del cambiamento climatico e benessere umano.**

L'energia rappresenta, com'è noto, il motore dell'economia moderna e gioca un ruolo essenziale per lo sviluppo ed il benessere dell'uomo, soprattutto nel mondo contemporaneo, che appare sempre più globalizzato ed interconnesso, ma anche sempre più inquinato e malsano. La produzione ed il consumo di energia hanno, infatti, un significativo impatto sul clima, che costringe i governi di tutti i paesi a ripensare le loro politiche economiche e sociali, prima che determinino la distruzione degli ecosistemi da cui dipende la vita stessa dell'uomo sulla Terra.

L'assenza di energia può, d'altra parte, contribuire a ridurre il benessere e la libertà delle persone. La difficoltà di accedere ad essa, o di averne un'adeguata fornitura, è

considerata, infatti, un importante indicatore di deprivazione materiale, che rivela talvolta la presenza di una condizione di povertà generale<sup>33</sup>.

Vi è dunque una chiara relazione tra le diverse forme di utilizzo dell'energia ed il benessere umano. L'utilizzo sistematico dei combustibili fossili per produrre energia risale alla fine del XVIII secolo ed è considerato vantaggioso per alcune importanti caratteristiche che contraddistinguono notoriamente tali materiali. Dall'utilizzo di questo tipo di energia dipendono, inoltre, diverse forme di raggiungimento (e/o mantenimento) del benessere umano ed il miglioramento della qualità della vita. Il ricorso sistematico e massiccio a questa forma di produzione dell'energia comporta, tuttavia, come è stato mostrato in alcune importanti ricerche sul tema, un aumento della concentrazione dei gas serra nell'atmosfera che produce, a sua volta, l'innalzamento della temperatura media globale e pericolosi effetti sul clima. Mitigazione, adattamento, ricerca, sviluppo e sperimentazione di nuove tecnologie "verdi" sono le soluzioni indicate, già dalla primavera del 2005, per risolvere questo problema.

Fra tali soluzioni, la mitigazione del cambiamento climatico è indubbiamente prioritaria, perché punta a ridurre l'impatto ambientale delle attività antropiche e a rallentare il descritto processo di surriscaldamento dell'atmosfera terrestre. Le diverse strategie ed azioni di mitigazione ambientale possono, tuttavia, contrastare con molte delle attuali forme di raggiungimento del benessere, in particolare con quelle che dipendono significativamente dall'utilizzo di energia derivante dai combustibili fossili. Questo aspetto del problema non è preso molto spesso in considerazione. Eppure l'impatto sul benessere delle diverse azioni e strategie di mitigazione non dovrebbero essere trascurato. Esso potrebbe costituire un indicatore molto importante per la scelta delle azioni e strategie da mettere in campo.

---

<sup>33</sup> Cfr. B. VOLTAGGIO, *La povertà energetica: definizione e dimensione del fenomeno*, in S. SUPINO e B. VOLTAGGIO (a cura di), *La povertà energetica. Strumenti per affrontare un problema sociale*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 11-52.

### 3.1. - Il cambiamento climatico ed i suoi possibili effetti di retroazione sul benessere.

Da un'analisi minuziosa del problema descritto (annoverabile fra i molteplici *environmentaldilemmas* capaci di condizionare sensibilmente i processi decisionali individuali e collettivi<sup>34</sup>) discende, dunque, la necessità di intervenire attraverso la mitigazione dei cambiamenti climatici, ma senza incidere sul benessere effettivo degli esseri umani e sulla loro salute. In molte società e paesi, infatti, ridurre o eliminare l'utilizzo dell'energia fossile potrebbe comportare modifiche dei comportamenti di consumo e degli stili di vita su cui oggi gli individui fanno normalmente affidamento per raggiungere il benessere.

Questo particolare aspetto della lotta al cambiamento climatico e dei suoi possibili effetti di "retroazione" sul benessere sono stati colti e rappresentati, in modo molto efficace, in un recente lavoro scritto da due ricercatori dell'Università di Leeds. Secondo la loro ricostruzione dei descritti effetti di retroazione, le relazioni tra mitigazione climatica e consumo dell'energia derivante dai combustibili fossili possono essere rappresentate sotto forma di "tensioni" derivanti sostanzialmente da due processi in conflitto tra loro, che "tirano" in direzioni opposte, dando luogo ad una sorta di "triangolo delle tensioni"<sup>35</sup>: il primo di questi due processi è attivato dalla dipendenza dell'uomo contemporaneo dall'utilizzo dell'energia derivante dai combustibili fossili, che porta a eccessive emissioni di gas serra e, conseguentemente, al cambiamento climatico; il secondo, invece, è connesso agli effetti del surriscaldamento globale e ai problemi di benessere su larga scala che ne derivano e che richiedono, per essere ridotti o eliminati, un notevole impegno nello svolgimento delle attività di mitigazione.

L'analisi di Wood e Roelich implica una concezione robusta ed olistica del benessere, che permetta di comprendere e superare i conflitti incorporati nel descritto triangolo delle tensioni. Le misure per ridurre gli effetti del surriscaldamento globale potrebbero confliggere, infatti, con molte forme contemporanee di raggiungimento del benessere, ancora fortemente dipendenti dall'uso dell'energia

<sup>34</sup> Sul punto cfr. R. MUGERAUER e MANZO L., *Environmental dilemmas: Ethical decision making*, Lexington books, Lanham, 2008.

<sup>35</sup> Cfr. N. WOOD e K. ROELICH, *Tensions, capabilities, and justice in climate change mitigation of fossil fuels*, cit., p. 115 e 116.

che deriva dai combustibili fossili. È evidente che il discorso sulle strategie più idonee a fronteggiare il cambiamento climatico dovrebbe essere meglio integrato con gli assunti teorici della teoria del benessere. Una più completa integrazione di quest'ultima nelle strategie adottate per ridurre l'impatto economico e sociale del cambiamento climatico potrebbe contribuire ad evitare i potenziali conflitti (tensioni) tra le misure di mitigazione concretamente applicate ed il consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili.

A tal fine, Wood e Roelich ritengono che le misure di mitigazione dei cambiamenti climatici ed i consumi di combustibili fossili non possono essere considerati separatamente dalle loro relazioni con il benessere e che, pertanto, è necessaria una nuova concezione filosofica ed economica, che sia capace di catturare le complesse relazioni tra i suddetti fenomeni contrastanti. Tale concezione dovrebbe ispirarsi al *Capabilities Approach* e consentire di inquadrare le potenziali implicazioni per il benessere dei conflitti energetici tra consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili e mitigazione climatica come questioni di giustizia ambientale o ecologica.

### **3.2. - Il ruolo dell'ambiente e delle questioni ambientali nel Capabilities Approach.**

In realtà, le potenziali implicazioni per il benessere delle questioni ambientali sono state affrontate, seppure in parte ed in modo incompleto, anche nella teoria politica liberale dal filosofo statunitense John Rawls<sup>36</sup>. L'approccio delle capacità di Martha C. Nussbaum<sup>37</sup> permette, tuttavia, di riconoscere più facilmente, rispetto alla teoria di Rawls, come le variazioni ambientali, nelle circostanze individuali, pongano ostacoli alle tipologie di protezione che la giustizia richiede e si rivela più sensibile nel

<sup>36</sup> Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2008 (ed. or., *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press, 1971, trad. it. di U. Santini); ID., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, Feltrinelli, 2002 (ed. or., *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge, The Belknap Press, 2001, trad. it. di S. Veca).

<sup>37</sup> Cfr. M.C. NUSSBAUM, *The Costs of Tragedy. Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis*, «Journal of Legal Studies», 29(S2), 2000, pp. 1005-1036; ID., *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-Londra, 2011.

comprendere come le ingiustizie ambientali molto spesso creano conflitti che minacciano la giustizia sociale<sup>38</sup>.

Già Sen aveva individuato il ruolo che lo *Human Development Approach* (locuzione perfettamente sovrapponibile a quella di *Capabilities Approach*, in ragione del contesto nel quale viene espressa e del modo in cui viene sostanziata) può offrire per comprendere il rapporto tra sviluppo umano e tutela delle risorse naturali<sup>39</sup>. Basandosi sull'impianto teorico proposto da Amartya Sen<sup>40</sup>, Martha Nussbaum ha individuato un elenco di dieci capacità centrali (o basilari) che dovrebbero essere tutelate come materie primarie di giustizia da tutti i governi del pianeta: 1) Vita; 2) salute corporea; 3) integrità fisica; 4) sensi, immaginazione e pensiero; 5) sentimenti; 6) ragion pratica; 7) appartenenza; 8) altre specie; 9) gioco; 10) controllo del proprio ambiente (politico e materiale)<sup>41</sup>. L'idea di base della filosofa statunitense, rispetto a ciascuna delle capacità sopra menzionate, è che una vita vissuta senza l'opportunità di sviluppare le capacità in questione non è una vita degna di essere considerata umana<sup>42</sup>.

Nel pensiero della Nussbaum la qualità dell'ambiente ricopre dunque un ruolo importante, anche perché da essa dipende in misura significativa il benessere presente e futuro dell'umanità. Ne deriva che, prima di definire le politiche più adeguate a garantire la salvaguardia dell'ambiente e del benessere dell'umanità, occorre chiarire bene in che misura continuo gli interessi delle generazioni successive. Inoltre, le stesse capacità centrali, necessarie per qualificare una vita come all'altezza della dignità umana, oltre ad essere strettamente interconnesse tra loro, dipendono da fattori ambientali.

<sup>38</sup> Cfr. E. MAESTRI, *Giustizia ecologica. Un confronto tra la teoria di Rawls e la teoria di Nussbaum*, «Diritto e Questioni pubbliche», 16(1), 2016, pp. 149-167.

<sup>39</sup> Cfr. A. SEN, *Climate Policy as Human Development*, in UNEP, *Human Development Report 2007/2008. Fighting Climate Change: Human Solidarity in a Divided World*, New York, 2007, p. 28-29; ID., *Sustainable development and our responsibilities*, «Notizie di Politeia», 26(98), 2010, 129-137.

<sup>40</sup> Cfr. A. SEN, *Development as Freedom*, Knopf, New York, 1999 (trad. it. *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milano, 2000) e ID., *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2009 (trad. it. *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010).

<sup>41</sup> M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, SpeciesMembership*, Harvard University Press, 2006 (trad. it. *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Il Mulino, Bologna, 2007), p. 76.

<sup>42</sup> M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, SpeciesMembership*, cit., p. 78.

È utile ricordare anche il contributo di Holland<sup>43</sup>, che ha portato ad un'interessante estensione del *Capabilities Approach*, attraverso l'elaborazione di un approccio puramente antropocentrico all'impianto teorico proposto da Sen e dalla Nussbaum, attraverso cui si individua uno specifico legame tra *human capabilities* ed *environment* e si giunge così a proporre il concetto di *environmental capacity* (o *capability*).

Analogamente al modo in cui Nussbaum sostiene che la tradizione del contratto sociale ignora diversi problemi irrisolti di giustizia, Breena Holland sostiene che questa tradizione, che vede in Rawls il suo principale rappresentante, non considera affatto le questioni ambientali come problemi di giustizia, perché le risorse ambientali non sono soggette ad iniquità nella loro distribuzione<sup>44</sup>. Dal punto di vista di Rawls, pertanto, non sembra esserci alcuna ragione immediatamente ovvia per affrontare gli *environmental dilemmas* come questioni di giustizia di primaria importanza. Holland, al contrario, sostiene che questo punto di vista è sbagliato, in quanto le conseguenze delle calamità naturali si ripercuotono sulle persone in misura sproporzionata, dando luogo a problemi di giustizia<sup>45</sup>.

Holland utilizza questi casi per sostenere che le questioni di protezione ambientale e di distribuzione delle risorse sono degne di essere prese in considerazione e dovrebbero esser trattate come parte del complesso delle rivendicazioni fondamentali di giustizia. L'approccio di Holland considera, in particolare, le condizioni ambientali come strumentali alle capacità umane. Siccome infatti il "funzionamento ambientale" (*environmental functioning*) ad un certo livello è richiesto per produrre qualsiasi cosa, Holland definisce le suddette condizioni ambientali come una sorta di "meta-capacitazione" (*meta-capability*) indipendente, che è necessaria per ottenere tutte le capacitazioni comprese nella lista della Nussbaum<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Cfr., in particolare, B. HOLLAND, *Environment and Capability: A New Normative Framework for Environmental Policy Analysis*, tesi di dottorato non pubblicata, Chicago: University of Chicago, agosto 2005; ID., *Justice and the environment in Nussbaum's "Capabilities Approach" why sustainable ecological capacity is a meta-capability*, in «Political research quarterly», 61(2), 2008, pp. 319-332; ID., *Allocating the Earth: A Distributional Framework for Protecting Capabilities in Environmental Law and Policy*, Oxford University Press, New York, 2014; ID., *Procedural justice in local climate adaptation: political capabilities and transformational change*, in «Environmental Politics», 26(3), 2017, pp. 391-412.

<sup>44</sup> B. HOLLAND, *Justice and the environment in Nussbaum's "Capabilities Approach" why sustainable ecological capacity is a meta-capability*, cit., p. 319.

<sup>45</sup> Cfr. ancora B. HOLLAND, *Justice and the environment in Nussbaum's "Capabilities Approach" why sustainable ecological capacity is a meta-capability*, cit., p. 319.

<sup>46</sup> Cfr. B. HOLLAND, *Justice and the environment in Nussbaum's "Capabilities Approach" why sustainable ecological capacity is a meta-capability*, cit., p. 328.

Un altro concetto delineato da Holland<sup>47</sup>, mutuato dall'approccio filosofico della Nussbaum, sono i "conflitti di capacità" (*capabilityconflicts*). Questi sono conflitti che si verificano tra diversi mezzi di ottenimento del benessere. Si pensi ad una famiglia che vive vicino ad un fiume ricavandone l'acqua necessaria alla fruizione di servizi igienico-sanitari (mediante l'utilizzo del fiume come mezzo di smaltimento dei rifiuti), e quindi alla salute del corpo. Gli interessi di questa famiglia potrebbero venire a confliggere con quelli di un'altra famiglia che vive a valle e che utilizza il fiume come fonte di acqua potabile. Questo effetto, infatti, si potrebbe produrre perché l'utilizzo del fiume fatto dalla famiglia a monte potrebbe aver reso l'acqua sporca, imbevibile e nociva per la salute.

Le nozioni di "conflitti di capacità" (*capabilityconflicts*) e di "meta-capacità" (*meta-capabilities*) possono aiutare a comprendere e a risolvere i conflitti tra l'uso dell'energia derivante da combustibili fossili, la mitigazione dei cambiamenti climatici e la privazione del benessere. Essi sono determinati dal fatto che l'uso dell'atmosfera come serbatoio per le emissioni di gas serra può consentire ad una persona di ricavare benessere da processi che richiedono la combustione di combustibili fossili, ad esempio la combustione di carburante per alimentare il trasporto. Tuttavia, tale forma di utilizzo dell'atmosfera su una scala sufficientemente ampia contribuirà a far aumentare il surriscaldamento della stessa che è causa del cambiamento climatico<sup>48</sup>.

È evidente, dunque, come l'approccio alla giustizia basato sulle capacitazioni degli esseri umani abbia enormi potenzialità in relazione agli effetti prodotti dal cambiamento climatico e alle questioni ambientali in generale. Le teorie elaborate da Holland hanno mostrato, peraltro, come esso possa essere efficacemente utilizzato per la progettazione di politiche ambientali che spingano la società verso una maggiore equità e giustizia sociale. Riteniamo, pertanto, che se l'originario impianto teorico proposto da Sen e dalla Nussbaum fosse ripensato ed esteso secondo le

---

<sup>47</sup> Cfr. B. HOLLAND, *Allocating the Earth: A Distributional Framework for Protecting Capabilities in Environmental Law and Policy*, Oxford University Press, New York, 2014.

<sup>48</sup> Molte persone e società (e in effetti le stesse persone e società) possono conseguire capacitazioni tramite i servizi ambientali (o meta-capacità ambientali) che sono favoriti dall'esistenza di un'atmosfera con temperatura stabile. Ad esempio, modelli meteorologici e cicli di temperatura stabili favoriscono la produzione agricola, consentono di ottenere una quantità adeguata di acqua potabile e quindi il raggiungimento di capacitazioni di salute fisica e di gioco. Tuttavia, l'uso estensivo dell'atmosfera per il primo scopo (produzione agricola) è in conflitto con il secondo (salute fisica e gioco).

indicazioni fornite da ricerche più recenti<sup>49</sup>, potrebbe diventare determinante per la comprensione e la risoluzione dei conflitti energetici tra consumo dell'energia derivata dai combustibili fossili, mitigazione del cambiamento climatico e forme di conseguimento del benessere, perché fornirebbe un criterio ideale per escludere politiche pregiudizievoli alla giustizia ecologica e per realizzare un sistema energetico globale maggiormente sostenibile, inclusivo, accessibile e sicuro.

In tale quadro generale – e allo scopo precipuo di proporre una via concreta per sfruttare le suddette potenzialità insite nell'approccio teorizzato da Nussbaum – riteniamo che possa essere utile e confacente, in questa sede, una seria riflessione sulla delicata questione dell'ammissibilità di tributi correlati al benessere degli individui misurato sulla base di indicatori e parametri non monetari, come le *capabilities*, e prendere in esame l'idea di istituire imposte sui cosiddetti «beni comuni globali» in un'ottica redistributiva e conservativa, volta per l'appunto a limitarne l'accesso e a disincentivarne il consumo<sup>50</sup>.

### **3.3. – L'approccio delle capabilities applicato alla questione dei beni comuni.**

Come ben evidenziò Stefano Rodotà in una delle sue ultime lezioni pubbliche, tenutasi a Napoli il 21 febbraio del 2017, la questione dei beni comuni<sup>51</sup> non si risolve

<sup>49</sup>Cfr per tutti D. SCHLOSBERG, *Climate justice and capabilities: A framework for adaptation policy*, in «Ethics & International Affairs», 26(4), 2012, pp. 445-461 e ID., *Theorising environmental justice: the expanding sphere of a discourse*, in «Environmental politics», 22(1), 2013, pp. 37-55.

<sup>50</sup> Sull'utilizzo del prelievo fiscale quale strumento di tutela dei beni comuni, v. G. CHIRONI, *La tassazione dei beni comuni*, cit., pp. 57-76.

<sup>51</sup> Negli ultimi anni la questione dei beni comuni ha assunto un grande rilievo nel dibattito politico e scientifico, con importanti implicazioni sia in ambito economico che giuridico. Il dibattito in corso sulla possibilità di configurare una teoria dei beni comuni rivitalizza, infatti, la questione più ampia della democrazia e del soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona. Per approfondimenti sullo svolgimento del dibattito in Italia, cfr. E. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in «Politica del diritto», 39(3), 2008, pp. 531-550; M. FRANZINI, *Il significato dei beni comuni*, LabsusPapers, 21, 2011; M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in «Rivista critica del diritto privato», 29(1), 2011, pp. 103-118; S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita dei beni collettivi*, La scuola di Pitagora, Napoli, 2008; ID., *Beni comuni e categorie giuridiche: una rivisitazione necessaria*, in «Questione giustizia», 5, 2011, pp. 237-247; L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni: Crisi e primato della sfera pubblica*, Donzelli, Roma, 2012; A. GAMBARO, *Note in tema di beni comuni*, in «Aedon», 1, 2013, pp. 11-20; P. MADDALENA, *Per una teoria dei beni comuni*, in «MicroMega», 9, 2013, pp. 91-118; S. MAROTTA, *La via italiana ai beni comuni*, in «Aedon», 1, 2013, pp. 1-10; A. MASSARUTTO, *Il dovere di avere doveri. I «beni comuni» e la «scienza triste»*, in «Ragion pratica», 2, 2013,

nella mera creazione, più o meno astratta, di una nuova categoria di beni<sup>52</sup>. Essa si sostanzia, piuttosto, nella riconosciuta rilevanza di talune categorie di bisogni cui si sceglie di attribuire adeguate garanzie di effettività e di tutela. La questione dei beni comuni si collega, in questo modo, alla questione delle garanzie che impone, da una parte, l'individuazione dei soggetti capaci di gestire i beni suddetti e di regolamentarne l'utilizzo e, dall'altra, la necessità di definire l'insieme dei rapporti fra beni e soggetti considerati meritevoli di essere sottratti alle logiche proprietarie, nonché alle norme che disciplinano l'esercizio della sovranità, per consentire il pieno sviluppo della personalità umana.

Siamo dunque all'interno di una logica nuova, rivoluzionaria, che ci spinge al di là del mondo dei beni e ci riporta alla persona nella sua integralità, o meglio, all'insieme delle libertà e dei diritti fondamentali della persona<sup>53</sup>, che l'ordinamento giuridico riconosce e si impegna a garantire. Si tratta della stessa logica che anima l'approccio delle capacità e che determina uno spostamento dell'asse concettuale dai beni ai soggetti che li detengono e ne dispongono. Seguendo questa logica, la problematica dell'individuazione del "bene comune" va ricompresa nella più generale cornice di un progetto condiviso di società, all'interno del quale va costruito e mediato il consenso alla promozione di beni determinati<sup>54</sup>, perché considerati essenziali alla vita delle persone e, in quanto tali, meritevoli di essere tutelati (garantiti) dall'ordinamento.

Siamo di fronte ad un nuovo modo di intendere il rapporto tra le persone ed il mondo esterno, che conduce – come si è detto – non alla definizione di una nuova categoria di beni, ma ad una «ridefinizione complessiva della collocazione della

---

pp. 361-380; U. MATTEI, *Beni comuni: un manifesto*, Laterza, Bari, 2012; ID., *I beni comuni fra economia, diritto e filosofia*, in «Spazio filosofico», 2013, pp. 111-116; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Bari, 2013; G. MICCIARELLI, *Le teorie dei beni comuni al banco di prova del diritto La soglia di un nuovo immaginario istituzionale*, in «Politica & Società», 1, 2014, pp. 123-142; ID., *I beni comuni e la partecipazione democratica. Da un "altro modo di possedere" ad un "altro modo di governare"*, in «JuraGentium», XI, n. 1, 2014, pp. 58-83.; L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, «Rivista AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti)», 2, 2015; M. FORONI, *Beni comuni e diritti di cittadinanza: Le nuove Costituzioni sudamericane*, Lampi di stampa, Vignate, 2020.

<sup>52</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita dei beni collettivi*, cit., pp. 31-89.

<sup>53</sup> Cfr. M.A. ICOLARI, *Fiscalità dell'ambiente, mercato e sviluppo sostenibile: un equilibrio possibile?*, cit., che ha ben evidenziato come il diritto all'ambiente rappresenti un diritto sociale fondamentale, la cui concretizzazione – anche per mezzo di una fiscalità adeguata – coniugherebbe l'esigenza della tutela dell'ambiente con quella che può essere considerata come la sfida principale dell'ordinamento tributario moderno, ovvero concorrere contestualmente allo sviluppo delle autonomie regionali e alla realizzazione del processo di integrazione europea.

<sup>54</sup> Sul punto, cfr. G. CHIRONI, *La tassazione dei beni comuni*, cit., p. 55.

persona in una organizzazione sociale globalmente intesa, identificata appunto attraverso le caratteristiche dei beni da tutelare come comuni»<sup>55</sup>.

Tali beni non sempre sono risorse in senso proprio, e cioè beni fisici o materiali. Sono sempre, tuttavia, risorse collettive condivise, amministrare o autogestite da comunità locali, che incarnano un sistema di relazioni sociali fondato sulla cooperazione e sulla dipendenza reciproca. Siamo dunque in presenza di un sistema in cui dominano non le leggi del mercato e dell'economia, ma vincoli morali di reciprocità e solidarietà. Un sistema in cui coloro che gestiscono o producono quei beni – o ne traggono i frutti – non ne possono disporre escludendo gli altri, come se ne fossero proprietari. Essi non hanno il diritto di escludere gli altri soggetti dall'uso o dal godimento di quei beni, ma hanno anzi l'obbligo (morale) di collaborare per consentire anche ad altri di poterne godere o fare uso<sup>56</sup> e di partecipare alle decisioni attinenti alla gestione degli stessi. Siamo insomma di fronte ad una istituzione che si caratterizza per l'appartenenza collettiva e che si sottrae alle regole del mercato, riguardando propriamente risorse materiali ed immateriali indispensabili per garantire il godimento delle libertà e dei diritti fondamentali, nonché il libero sviluppo della persona umana. Se analizziamo attentamente le caratteristiche di questa istituzione non possiamo non individuare i molteplici punti di contatto tra la teoria dei beni comuni e l'interpretazione dell'approccio delle capacità fornita da Martha Nussbaum<sup>57</sup>: un buon ordinamento politico dovrebbe garantire un godimento minimo generalizzato di almeno 10 capacitazioni fondamentali. Fra queste, con riferimento ai temi trattati in questo scritto, assumono particolare rilievo quelle relative alla "salute" e al "controllo del proprio ambiente", politico e materiale, ma pure rilevano le "capacitazioni dei gruppi" (*capability of groups*) o di particolari comunità, che rivendicano il diritto di partecipazione alla vita politica del proprio

<sup>55</sup> Cfr. ancora S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita dei beni collettivi*, cit., p. 76.

<sup>56</sup> Alcuni studiosi, guardando proprio alla natura e alle caratteristiche dei beni comuni, hanno coniato il termine "consumo collaborativo", che definisce un modello economico ibrido, concepito come alternativo al consumismo "classico", e basato su di un insieme di pratiche di scambio e condivisione di beni materiali, servizi o conoscenze. Per ulteriori approfondimenti, cfr. R. BOTSMAN e R. ROGERS, *What's mine is yours. The rise of collaborative consumption*, Harper Collins, New York, 2010; V. KOSTAKIS e M. BAUWENS, *Network society and future scenarios for a collaborative economy*, Springer, Londra, 2014; R. PERREN e L. GRAUERHOLZ, *Collaborative consumption*, «International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences», 4, 2015, pp. 139-144; e, più recentemente, G. PETROPOULOS, *An economic review of the collaborative economy*, Bruegel Policy Contribution No. 2017/5.

<sup>57</sup> M.C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-Londra, 2011 (trad.it. *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil, Il Mulino, Bologna*, 2012).

paese o all'amministrazione condivisa dei beni comuni. L'assunzione dell'ambiente come bene comune globale, meritevole di essere posto al centro delle scelte politiche dei governi, induce oggi a definire uno statuto giuridico generale dei beni comuni<sup>58</sup> e a ripensare la struttura dei sistemi tributari alla luce degli assunti teorici del *Capabilities Approach*, al fine di regolamentare l'accesso a queste risorse e di limitarne il più possibile lo sfruttamento. Come Sen ha ben evidenziato, in un famoso saggio del 2010 sullo sviluppo sostenibile<sup>59</sup>, il dibattito odierno sul cambiamento climatico non concerne soltanto la necessità di un accordo globale sul comportamento ambientale, ma la divisione dei costi e delle responsabilità nell'affrontare questa sfida difficilissima. La questione importante è che oggi i paesi sviluppati – e con essi le imprese multinazionali (i soggetti più importanti dell'economia odierna), che hanno ancor più influenza degli Stati sulla competizione nel mercato globale e sulla stabilità finanziaria internazionale – si appropriano di una quota enormemente sproporzionata dei cosiddetti «beni comuni globali», sottraendoli alle comunità che originariamente ne godevano e li amministravano. L'attuale diseguale condivisione di questi beni è un fatto che non può passare inosservato e che deve assolutamente esser preso in considerazione quando si cerca di individuare un accordo plausibile su come ripartire gli oneri delle politiche ambientali.

#### **4. - La struttura dei sistemi tributari nel terzo millennio e l'incremento delle disuguaglianze.**

##### **4.1. – Le “profezie” di Tremonti.**

Alla fine del secolo scorso Giulio Tremonti scrisse due saggi molto interessanti sui sistemi fiscali “moderni” e sulla loro possibile evoluzione verso la fiscalità del terzo

<sup>58</sup> Nello stesso senso, cfr. A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., p. XIII: «il modello pubblicistico, per accelerare e valorizzare il processo di integrazione europeo, senza sacrificare i diritti sociali a vantaggio delle libertà individuali, va ripensato. O, meglio, rafforzato. Non appare sufficiente il riconoscimento – peraltro debole – nella Carta europea, dei diritti sociali, né il richiamo alle tradizioni comuni delle Costituzioni europee; occorre fondare le politiche pubbliche intorno a nuovi principi in grado di fronteggiare e reagire a modelli *privatistici* e *neo-contrattualistici* di gestione della cosa pubblica. È necessario porre le basi per uno Statuto europeo dei *beni comuni*, che parta da iniziative partecipate e poste dalla cittadinanza attiva».

<sup>59</sup> Cfr. A. SEN, *Sustainable development and our responsibilities*, cit., 129-137.

millennio<sup>60</sup>. Comparando la struttura del “mondo” contemporaneo con quella del mondo medievale, egli formulava due “profezie” 1) sulla migrazione fiscale dei capitali, causa di effetti sostanziali di regressività a carico soprattutto del lavoro dipendente e 2) sulla regressione necessaria dei sistemi fiscali moderni verso forme di imposizione empirica “medioevale”. In particolare, egli sosteneva che fenomeni di portata globale (come la globalizzazione della ricchezza, la crescente integrazione delle economie a livello internazionale, la dematerializzazione e la finanziarizzazione) avrebbero «modificato radicalmente la struttura economica e sociale dell’esistente» e che gli schemi fiscali del terzo millennio avrebbero dovuto progressivamente *adattarsi* alla realtà<sup>61</sup>.

Nello scenario politico del XXI secolo i nuovi corpi ed enti sovranazionali (come l’OCSE, il FMI, le Nazioni Unite e l’Unione europea), da Tremonti denominati *Quangos* (*Quasi autonomous non governmental organizations*), otterranno gradualmente un ruolo politico crescente e, di riflesso, aumentando anche il loro “bisogno finanziario”, accamperanno un crescente titolo *morale* alla tassazione. Tuttavia, proprio a causa della loro struttura “sovranazionale”, i *Quangos* dovranno anche misurarsi con enormi difficoltà tecniche di riscossione. Per superare queste difficoltà e procacciarsi le necessarie risorse finanziarie, essi dovranno assumere gli Stati-nazione come *proprio diretti contribuenti* e costringerli, contemporaneamente, ad applicare per *proprio* conto ritenute e/o imposte sostitutive sui *loro* contribuenti.

Per questa ragione, sempre secondo Tremonti, gli Stati-nazione saranno costretti a reinventare le proprie politiche fiscali allo scopo di:

- 1) difendere i bilanci nazionali dalle perdite di gettito dovute alle diverse forme di riduzione lecita o illecita del carico tributario<sup>62</sup>, alla pianificazione fiscale aggressiva delle imprese multinazionali<sup>63</sup> e al riciclaggio di denaro<sup>64</sup>;

<sup>60</sup> Cfr. G. TREMONTI, *La fiera delle tasse. Stati nazionali e mercato globale nell’era del consumismo*, Il Mulino, Bologna, 1991; ID., *La fiscalità nel terzo millennio*, in «Rivista di Diritto finanziario e Scienza delle Finanze», LVII, 1(1), 1998, pp. 69-83.

<sup>61</sup> Per ulteriori approfondimenti sul processo di adattamento dei sistemi tributari alle conseguenze della globalizzazione e dell’integrazione economica internazionale, v. per tutti G. VITALETTI, *Principi fiscali ed economia globale*, in «Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze», 2, 2010, pp. 117 e ss..

<sup>62</sup> Per ulteriori approfondimenti sulla natura di questi fenomeni, sulla loro evoluzione tra vecchio e nuovo secolo e sugli strumenti di contrasto, potenziali ed effettivi, apprestati dagli ordinamenti giuridici per debellarli, v. A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto. Profili teorici e strumenti di contrasto*, Cisalpino-Monduzzi, Bologna, 1996 e, più recentemente, R. LUPI, *Evasione fiscale, paradiso e inferno - Teoria della tassazione analitico aziendale e delle sue disfunzioni in Italia*, WoltersKluwer, Milano, 2008, P. VALENTE, *Elusione fiscale internazionale*, WoltersKluwer, Milano, 2014, R. LUPI, *Evasione fiscale, Perversione privata o disfunzione pubblica?*, Lit Edizioni, Roma, 2018, P.B. PANNO, *L’evasione fiscale in Italia*.

- 2) impedire che la ricchezza sfugga al loro dominio territoriale, attratta dai cosiddetti “paradisi fiscali” e dai Paesi a basso livello di tassazione<sup>65</sup>;
- 3) accrescere la loro competitività a livello internazionale, non necessariamente diventando paradisi fiscali, ma evitando almeno di presentarsi come dei veri e propri “inferni fiscali”.

In estrema sintesi, la “profezia” fiscale di Tremonti per il terzo millennio comprendeva:

- 1) un alto grado di *standardizzazione della tassazione* prodotta dalla *concorrenza fiscale*;
- 2) un ruolo crescente della *tassazione alla fonte*, di più semplice applicazione rispetto alla tassazione in base al principio di residenza;
- 3) uno spostamento graduale dalla *tassazione diretta* a quella *indiretta*, con conseguente incremento della *regressività* dei sistemi tributari nazionali;
- 4) un grande sviluppo dell'*innovazione fiscale* volto ad individuare *le nuove forme della ricchezza* e ad elaborare nuove tecniche per misurarla ed assoggettarla ad imposizione.

L’attendibilità di questa profezia è oggi provata da numerosi studi e rapporti sulle proprietà che contraddistinguono i “moderni” sistemi tributari. È agevole notare, infatti, come le tendenze in atto di fronte agli avanzamenti tecnologici (come lo sviluppo di Internet e delle reti di telecomunicazione), ai mutamenti sociali (come il rapido processo di invecchiamento della popolazione, tipico delle economie più

*Strumenti di contrasto*, Le Pensur, Brienza, 2015, F. AMATUCCI, R. CORDEIRO GUERRA, *L’evasione e l’elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale*, Aracne, Roma, 2017 e G. PALUMBO, *Fisco 3.0. Le nuove sfide dell’evasione fiscale e una proposta politica*, FrancoAngeli, Milano, 2017.

<sup>63</sup> In particolare, su questo fenomeno e sulle attuali difficoltà degli Stati-nazione nel determinare politiche pubbliche adeguate a fronteggiarlo e ad arginarlo, v. G.F. BORIO, *La pianificazione fiscale internazionale: questioni attuali e prospettive future*, Giuffrè, Milano, 2002; AA.VV., *Strategie fiscali e tax planning internazionale*, IPSOA, Milano, 2002; P. ADONNINO, *La pianificazione fiscale internazionale*, in «Diritto e Pratica Tributaria», 79(3), 2008, pp. 481-494; COMMISSIONE EUROPEA, *Reflections on the EU objectives in addressing aggressive tax planning and harmful tax practices*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.

<sup>64</sup> Sull’ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della fattispecie illecita del riciclaggio, che è stata oggetto negli anni di una approfondita analisi giurisprudenziale, cfr. A. GULLO, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 1, 2018.

<sup>65</sup> Su questo fenomeno, sulle sue caratteristiche e sulle questioni che pone in ambito giuridico ed economico, si vedano G. MARINO, *Paradisi e paradossi fiscali: il rovescio del diritto tributario internazionale*, EGEEA, Milano, 2010; P. VALENTE, *I paradisi fiscali nell’era BEPS e dello scambio automatico di informazioni*, «Fiscalità e commercio internazionale», 4, 2016, pp. 16-23; G. ZUCMAN, *La Richesse cachée des nations: enquêtes sur les paradis fiscaux*, La République des idées, Parigi, 2017; trad. it., *La ricchezza nascosta delle nazioni: Indagine sui paradisi fiscali*, Add editore, Torino, 2017.

sviluppate) e alle trasformazioni delle strutture economiche (come la globalizzazione dell'economia e la crescente integrazione dei mercati internazionali) abbiano condotto i sistemi tributari verso:

- 1) una discriminazione fiscale qualitativa a favore dei redditi da capitale;
- 2) l'estensione della tassazione indiretta a scapito di quella diretta, motivata dalla maggiore certezza degli imponibili;
- 3) la riduzione delle ambizioni redistributive del prelievo tributario, con la conseguente attenuazione della progressività dei sistemi di tassazione e l'incremento delle disuguaglianze economiche<sup>66</sup>.

#### 4.2. – Struttura dei sistemi tributari e disuguaglianze.

La struttura dei sistemi tributari dovrebbe oggi essere rivista tenendo nella massima considerazione tali fenomeni e soprattutto i modi in cui le politiche redistributive dei governi possono incidere sulle disuguaglianze di ricchezza e di opportunità. Tali aspetti, assieme alla questione dei molteplici fattori che contribuiscono a determinare l'incremento delle disuguaglianze, sono tuttora oggetto di un vivo dibattito fra gli studiosi<sup>67</sup> e si presume che lo saranno anche in futuro<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Fra le ricerche empiriche più recenti che evidenziano la graduale attenuazione del grado di progressività dei sistemi tributari, v. C. GERBER, A. KLEMM, L. LIU e V. MYLONAS, *Personal Income Tax Progressivity: Trends and Implications*, IMF Working Paper n. 18, novembre 2018. Sulla crisi del principio di progressività con riferimento al sistema tributario italiano, v. invece L. CARPENTIERI, *L'illusione della progressività*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2013. Su questi temi, cfr., tra gli altri, anche A. URICCHIO, *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Cacucci, Bari, 2010; C. SCIANCALEPORE, *Cambiamenti climatici e green taxes*, Cacucci, Bari, 2016.

<sup>67</sup> Una prima interpretazione dei meccanismi socio-economici attraverso i quali le forze immanenti nel capitalismo spingono verso un incremento delle disuguaglianze è stata fornita da Piketty nel 2014 (Cfr. T. PIKETTY, *Capital in the 21st Century*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2014), ma già prima di lui erano intervenuti sul tema, fornendo un contributo originale, Milanović, Bourguignon e due economisti del Fondo monetario internazionale, Kumhof e Rancièrè, che avevano analizzato in modo più approfondito la relazione tra instabilità finanziaria e sperequazione dei patrimoni. Nel dibattito sono poi intervenuti molti altri studiosi, ma i contributi principali sono da ascrivere ad Atkinson, Stiglitz, Watson e Milanović. Cfr. B. MILANOVIĆ, *The haves and the have-nots: A brief and idiosyncratic history of global inequality*, Basic Books, New York, 2010; F. BOURGUIGNON, *La Mondialisation de l'inégalité*, Seuil-La République des idées, Parigi, 2012; M. KUMHOF e R. RANCIÈRE, *Inequality, Leverage and Crises*, IMF Working Paper N. 10/268, novembre 2010; A.B. ATKINSON, *Inequality: what can be done?*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2015; J. STIGLITZ, *The great divide*, Penguin UK, London, 2015; W. WATSON, *The Inequality Trap: Fighting Capitalism Instead of Poverty*, University of Toronto Press, Toronto, 2015; B. MILANOVIĆ, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard University Press, Cambridge, 2016.

Recenti studi hanno evidenziato, infatti, come una maggiore capacità redistributiva del sistema tributario è condizione necessaria ma non sempre sufficiente a determinare una effettiva riduzione delle disuguaglianze. Al riguardo è da considerarsi determinante anche il livello di diffusione dell'evasione fiscale<sup>69</sup> ed altre caratteristiche intrinseche del sistema tributario, come la pressione fiscale complessiva<sup>70</sup>. Sebbene dunque esistano molti studi, teorici ed empirici, sulla relazione tra struttura dei sistemi tributari e disuguaglianze, molta strada sembra che ci sia ancora da fare per comprendere in che modo sia possibile arrestare la preoccupante crescita delle disuguaglianze attraverso le riforme fiscali.

## **5. - Una rivoluzione fiscale per ridurre le disuguaglianze e rafforzare la resilienza dei sistemi tributari.**

Come diceva dunque Tremonti: «non è questione di riforma fiscale, ma di rivoluzione fiscale». Si impone un cambiamento di approccio alla progettazione ed implementazione delle politiche pubbliche, un cambiamento che coinvolga anche i moderni sistemi di tassazione attraverso:

---

Lo stesso Piketty è tornato recentemente sul tema analizzandolo non soltanto da un punto di vista sociale ed economico, ma anche in una prospettiva politico-ideologica, ovvero cercando di fare luce, questa volta, sull'evoluzione delle narrative e delle ideologie finalizzate a legittimare la disuguaglianza. Cfr. T. PIKETTY, *Capital et idéologie*, Le Seuil, Parigi, 2020.

<sup>68</sup> Per una sintesi delle opposte posizioni che animano il dibattito sulla disuguaglianza, sulla loro evoluzione e sulle questioni rilevanti per il futuro svolgimento del dibattito su questo tema, v. M. ALACEVICH e A. SOCI, *Inequality. A short History*, Brookings Institutions Press, Washington, DC, 2018 (trad. it., *Breve storia della disuguaglianza*, Gius. Laterza & Figli, Bari-Roma, 2019).

<sup>69</sup> Per ulteriori approfondimenti sulla relazione tra progressività del sistema tributario, evasione fiscale e disuguaglianze, vedasi M. FREIRE-SEREN e J. PANADÉS, *Does Tax Evasion Modify the Redistributive Effect of Tax Progressivity?*, Research Project. The Ramon Areces Foundation, Barcelona, 2005; D. DUNCAN e P.K. SABIRIANOVA, *Tax progressivity and income inequality*, Andrew Young School of Policy Studies Research Paper Series n. 08-26, Atlanta, GA, 2008; A. ALSTADSÆTER, N. JOHANNESSEN e G. ZUCMAN, *Tax evasion and inequality*, «American Economic Review», 109(6), 2019, pp. 2073-2103.

<sup>70</sup> Sul ruolo di catodai sistemi di imposizione e trasferimento nella riduzione delle disuguaglianze di ricchezza cfr. H. IMMERVOLL e L. RICHARDSON, *Redistribution Policy and Inequality Reduction in OCSE Countries: What Has Changed in Two Decades?*, OCSE Social, Employment and Migration Working Papers, No. 122, OCSE Publishing, Parigi, 2011; I. JOUMARD, M. PISU e D. BLOCH, *Tackling income inequality: The role of taxes and transfers*, in «OCSE Journal: Economic Studies», 2012(1), 2013 pp. 37-70; G. VERBIST e F. FIGARI, *The redistributive effect and progressivity of taxes revisited: An international comparison across the European Union*, in «FinanzArchiv/Public Finance Analysis», 2014, pp. 405-429; K. CAMINADA, J. WANG, K.P. GOUDSWAARD e C. WANG, *Income inequality and fiscal redistribution in 47 LIS-countries, 1967-2014*, LIS Working paper series, 724, 2017.

- 1) l'introduzione di nuove e più avanzate forme di comunicazione tra l'amministrazione fiscale ed il contribuente, allo scopo di semplificare gli adempimenti, stimolare l'adempimento degli obblighi tributari e favorire l'emersione spontanea delle basi imponibili;
- 2) il recupero della funzione redistributiva, attraverso l'identificazione delle "nuove" disuguaglianze<sup>71</sup> e dei mezzi più appropriati per ridurle;
- 3) la sperimentazione di nuovi modelli di prelievo diretti ad aumentare la resilienza dei sistemi economici, fiscali e previdenziali<sup>72</sup> alle conseguenze delle profonde trasformazioni intervenute nelle modalità di produzione della ricchezza (come i cambiamenti climatici, l'inquinamento dell'aria, dei mari, del suolo e del sottosuolo, i traffici illeciti di rifiuti, l'incremento dei tumori provocati dalla diffusione nell'ambiente naturale di sostanze cancerogene o da cattive abitudini alimentari) e, più in generale, dei sistemi economici e sociali (come le crisi economiche e finanziarie, la particolare rapidità del processo di invecchiamento, i flussi migratori internazionali).

### **5.1. – La nozione di resilienza dei sistemi tributari e le sue determinanti.**

La *resilienza dei sistemi tributari* può essere considerata come la condizione imprescindibile per garantire la realizzazione di *obiettivi fondamentali per il benessere e la crescita* di un paese, come la fornitura di servizi pubblici di qualità, l'organizzazione di una rete di servizi di trasporto pubblico e di infrastrutture efficace ed efficiente, il finanziamento di attività pubbliche volte a tutelare l'ambiente e a fronteggiare le emergenze ambientali, la promozione di pari opportunità e parità

<sup>71</sup> Dopo i decenni dell'egemonia liberista iniziata negli anni del thatcherismo e del reaganismo, anche le istituzioni economiche mondiali hanno "scoperto" che le disuguaglianze possono compromettere le stesse prospettive di sviluppo dell'economia. Ma le disuguaglianze, specialmente oggi, non si esauriscono sul piano dell'economia. Esse coinvolgono la libertà, l'identità culturale e religiosa, i rapporti tra i generi, l'accesso ai servizi fondamentali e tanti altri aspetti che incidono sullo stesso funzionamento dei processi democratici. Più in particolare, su tali aspetti cfr. F. IPPOLITO, *Le nuove disuguaglianze*, in «Questione Giustizia», 2, 2017, pp. 9-13.

<sup>72</sup> Sulla resilienza dei sistemi economici, fiscali e previdenziali, sulle metodologie per misurarla e sulla questione delle loro determinanti, v. S. VILLANI, *Resilienza, globalizzazione e politiche pubbliche*, Jovene, Napoli, 2017; ID., *Brevi osservazioni sulla nozione di resilienza dei sistemi economici, fiscali e previdenziali*, in E.M. PICCIRILLI e V. RUSSO, *Linguistica ed Economia. Vol. II. Un connubio tra due discipline come ricerca filosofica nell'economia degli scambi*, Academy School, Napoli, 2019, pp. 65-77.

di trattamento per tutti i cittadini, a prescindere dal genere, dalla razza, dalla religione, dalla residenza e dalla loro condizione sociale.

Accrescere la resilienza dei sistemi tributari non è, tuttavia, una cosa semplice. Essa presuppone:

- 1) la capacità di *adattamento* dei sistemi tributari alle suddette trasformazioni che intervengono nella società, nell'economia e nell'ambiente;
- 2) la disponibilità di *risorse adeguate* a sostenere gli sforzi (o costi) di adattamento dei sistemi;
- 3) la *redistribuzione delle risorse*, nel caso in cui la loro eccessiva concentrazione impedisca uno *sviluppo economico sostenibile*.

Ma com'è possibile progettare sistemi tributari che rispondano contemporaneamente a tutti questi requisiti? Senza alcuna pretesa di fornire una soluzione certa né esaustiva al problema, vorremmo semplicemente far notare come le tendenze in atto si inquadrano in una *dinamica* che spinge inevitabilmente verso un drastico *cambiamento di approccio ai problemi della tassazione*. L'adozione di nuovi criteri di indicatori di capacità contributiva correlati al benessere degli individui, misurato sulla base di indicatori e parametri non monetari, come le *capabilities*, potrebbe servire, a mio avviso, a perseguire tutti questi obiettivi contemporaneamente.

## **5.2. - Resilienza dei sistemi tributari e giustizia della tassazione: la "ricetta" di Gallo.**

La proposta di allargare il novero dei fatti imponibili assoggettando a tassazione anche le *capabilities*, od altre situazioni o posizioni di vantaggio economicamente valutabili, fu avanzata per la prima volta da Franco Gallo in un saggio del 2007 sulla giustificazione etica del tributo e sulla relazione che intercorre tra giustizia fiscale e giustizia sociale<sup>73</sup>. In quel saggio l'autore iniziò a sostenere la necessità di riformare il sistema fiscale, integrandolo con l'introduzione di nuovi «indici di potenzialità economica rappresentati da posizioni e valori – "capacitazioni" direbbe Amartya

<sup>73</sup> Cfr. F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia della tassazione*, cit.. Per ulteriori interessanti approfondimenti sulla giustificazione etica della tassazione in un mondo globalizzato, v. F- FORTE, *L'etica della tassazione. Imposta, individuo, comunità*, Fondazione Magna Carta, Roma, 2007 e H.P. GAISBAUER, G. SCHWEIGER e C. SEDMAK (a cura di), *Philosophical explorations of justice and taxation: national and global issues*, Vol. 40, Springer, New York, 2015.

Sen<sup>74</sup>– solo socialmente rilevanti, purché espressivi, in termini di vantaggio, di una capacità differenziata economicamente valutabile»<sup>75</sup>.

In alcuni scritti successivi Gallo ebbe modo di illustrare meglio la sua proposta. In particolare, egli suggeriva di *ripensare radicalmente*, soprattutto sul *piano etico*, la *missione dello Stato*, sottolineando l'importanza fondamentale della *funzione redistributiva*, condotta secondo una *forte direzione morale* e bilanciando i *diritti proprietari* con i *diritti di cittadinanza*: «se ci sono disuguaglianze endemiche, la loro riduzione deve essere al primo posto tra gli obiettivi etici che lo Stato deve perseguire nel rispetto dei diritti fondamentali dei suoi cittadini sanciti dalla Costituzione»<sup>76</sup>. Richiamando questi “obiettivi etici” rilevava, inoltre, che i mercati hanno una naturale inclinazione a sottovalutare i valori morali e a dare rilevanza unicamente a quei bisogni che sono riconducibili a calcoli economici. I mercati tendono, infatti, a valorizzare solo i beni materiali, finanziari e patrimoniali e non danno alcuna importanza alle libertà fondamentali dell'individuo, o – come le chiamava Sen – alle sue “capacità di funzionamento” (*human functioning*). Eppure vi sono «*beni fondamentali* ed universalmente riconosciuti che costituiscono condizione necessaria affinché vi sia *giustizia sociale*, come la longevità, l'integrità fisica, l'*ambiente*, la salute, l'accesso sia ai servizi sanitari di qualità sia alla conoscenza nel corso di un'intera esistenza, il tenore di vita, la vita personale, familiare e sociale, l'identità, compresa quella religiosa. Ed è evidente che le *disuguaglianze* derivanti dalla carenza o insufficienza di tali *beni pubblici “base”* e di tali *beni “comuni”* trasferiscono direttamente in capo allo Stato e agli enti territoriali decentrati la responsabilità nella garanzia dei beni stessi; come dire, la responsabilità delle politiche di spesa e fiscali dirette a rimuovere le cause di ingiustizia distributiva socialmente e moralmente inaccettabili, oltre che a rimediare alle situazioni estreme di esclusione, di assenza di

<sup>74</sup> Cfr., in particolare, A. SEN, *Development as Freedom*, Knopf, New York, 1999 (trad. it. *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, Milano, 2000); ID., *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2009 (trad. it. *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010).

<sup>75</sup> Cfr. F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia della tassazione*, cit., pp. 86 e 87. A sostegno della sua tesi lo studioso cita numerosi esempi di tributi aventi come presupposto «qualificate situazioni di vantaggio economicamente valutabili»: 1) i tributi ambientali in senso stretto, che gravano su chi utilizza beni ambientali scarsi o emette sostanze nocive alla salute dell'uomo deteriorando l'ambiente; 2) le imposte sul valore aggiunto economico o le cosiddette *business taxes*, che colpiscono la capacità organizzatore dell'operatore o del produttore; 3) le accise, che gravano sulla produzione organizzata di beni; 4) tutti quei tributi che hanno come presupposto indici di capacità contributiva che non garantiscono la disponibilità di un saldo patrimoniale attivo sufficiente ad adempiere all'obbligazione tributaria.

<sup>76</sup> Cfr. F. GALLO, *L'uguaglianza tributaria*, cit., e ID., *Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva*, cit..

opportunità e di perdita della speranza. Per la maggioranza delle persone la garanzia di detti beni da parte di uno Stato efficiente è più importante del profitto o della crescita complessiva e crea, perciò, delle aspettative che solo uno “Stato sociale” può dare»<sup>77</sup>.

Gallo peraltro faceva notare come la carenza o insufficienza dei beni suddetti sia ormai pacificamente assunta come un criterio fondamentale per la valutazione del benessere e del grado di giustizia sociale. Quando tali beni mancano o sono carenti, dovrebbe intervenire lo Stato, nella sua qualità di “assicuratore e garante di ultima istanza”, avvalendosi del suo potere impositivo per redistribuire le risorse e garantire a tutti la disponibilità delle condizioni minime necessarie ad assicurare il pieno sviluppo della persona umana. In coerenza con questo ragionamento, come indicatori di capacità contributiva cui commisurare il prelievo tributario, egli suggeriva di prendere in considerazione non i beni “base” o “fondamentali”, che lo Stato ha l’obbligo/responsabilità di garantire a tutti, ma i cosiddetti “beni-capacità” (*capability-goods*), intesi come «posizioni e situazioni attuali di vantaggio non necessariamente di natura patrimoniale, ma pur sempre valutabili economicamente»<sup>78</sup>.

Sul piano dei principi, la “ricetta” di Gallo è dunque molto chiara e può essere sintetizzata, come in un sillogismo, in tre principi o postulati:

- 1) occorre ripensare radicalmente la missione dello Stato, sottolineando l’importanza fondamentale della funzione redistributiva, condotta secondo una forte direzione morale e bilanciando i diritti proprietari con i diritti di cittadinanza;
- 2) accanto ai beni primari esistono “beni-capacità” che, pur non essendo beni economici tradizionali come il reddito o il patrimonio, se economicamente

---

<sup>77</sup> Cfr. ancora F. GALLO, *L’uguaglianza tributaria*, cit., e ID., *Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva*, cit..

<sup>78</sup> Sulla distinzione tra beni “base” o fondamentali (*basic or fundamental goods*) e “beni-capacità” (*capability-goods*), v. F. GALLO, *L’uguaglianza tributaria*, cit., e ID., *Ripensare il sistema fiscale in termini di maggiore equità distributiva*, cit.. Nel pensiero di questo studioso, i beni fondamentali ed universalmente riconosciuti costituiscono la condizione necessaria affinché vi sia giustizia sociale, come la longevità, l’integrità fisica, l’ambiente, la salute, l’accesso ai servizi, la vita personale, familiare e sociale, il tenore di vita e l’identità, compresa quella religiosa. Accanto a tali beni, ne esistono altri, che egli definisce “beni-capacità”, cioè beni (ma anche posizioni, condizioni e situazioni) che sebbene non siano scambiabili sul mercato, rappresentano una potenzialità contributiva a partire dalla quale lo Stato potrebbe fondare, a certe condizioni, il prelievo tributario sui soggetti che ne hanno la disponibilità.

valutabili, possono costituire, al pari di essi, valide e significative unità di misura di situazioni di vantaggio o di benessere degli individui;

- 3) lo Stato, nel perseguire gli obiettivi etici racchiusi nella sua missione, deve evitare di tassare ancor di più i tradizionali cespiti di natura reddituale o patrimoniale, già così pesantemente gravati dai tributi vigenti, e spostare l'onere del prelievo su diverse entità, che denotino l'esistenza di specifiche situazioni di vantaggio e di soddisfazione di bisogni valutabili economicamente e più adatte a concorrere all'equo riparto dei carichi pubblici.

Tuttavia, le modalità di applicazione pratica di quei principi non sono state finora chiarite, neppure dallo stesso Gallo. Per questa ragione la sua "ricetta", pur essendo logicamente ben strutturata, è divenuta oggetto di critiche e polemiche. Si rileva, in particolare, come un cambio di focalizzazione nella logica del prelievo fiscale dagli indicatori economici tradizionali (reddito, patrimonio e consumo) alle capacità o *capabilities* degli individui possa ampliare il *deficit* informativo sofferto dalle pubbliche autorità a vantaggio dei soggetti passivi d'imposta e, conseguentemente, produrre effetti di incentivo perversi (disincentivo a rivelare le proprie *capabilities* e ad investire in esse), in quanto diretti unicamente ad occultare la base imponibile del tributo e ad ottenere un guadagno fiscale<sup>79</sup>. A supporto di questa critica, si richiamano gli studi in materia di *endowmenttaxation*, e cioè di tassazione rapportata alle "dotazioni" e alle potenzialità di guadagno degli individui<sup>80</sup>, mostrando come non abbia senso concepire una imposta sulla "buona sorte" (*brute luck*), in mancanza di una ricchezza tangibile che ne consenta il pagamento<sup>81</sup>. Coerenza vorrebbe, infatti, «che si teorizzino tributi strettamente ancorati a presupposti dotati di patrimonialità, e non certo a "capacità" o "valori sociali", a doti personali o situazioni di vantaggio legate alla salute dell'individuo, all'accesso ai servizi sanitari, alla salubrità dell'ambiente e ad altri fattori privi di un sostrato economico-patrimoniale»<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> In questo senso, v. D. LANZI, *Tassare le Capacità: Una Nota Critica*, cit..

<sup>80</sup> Su questo tema, cfr. per tutti L. ZELENAK, *Taxing Endowment*, in «Duke Law Journal», 55, 2006, pp. 1145-1181.

<sup>81</sup> Cfr. sul punto D. STEVANATO, *La giustificazione sociale dell'imposta*, cit., e F. GAFFURI, *Ancora dell'attitudine alla contribuzione*, in «Rassegna Tributaria», 56(5), 2013, pp. 975-1021.

<sup>82</sup> Così D. STEVANATO, *La giustificazione sociale dell'imposta*, cit., pp. 419-429.

### **5.3. – Tutela dell’ambiente, sistemi tributari e CapabilitiesApproach: la necessità di un ampliamento della nozione di capacità contributiva.**

La tradizionale interpretazione del principio di capacità contributiva vorrebbe, per logica e coerenza, che non fossero assoggettati a tassazione fatti-indice considerati non espressivi di una manifestazione di ricchezza. In tali fatti non sarebbe possibile scorgere il carattere solidaristico del prelievo, che costituisce – com’è noto –, assieme al principio di uguaglianza, un presupposto di applicazione del principio di capacità contributiva<sup>83</sup>. Neppure sarebbe possibile scorgervi, secondo parte della dottrina, quella valenza garantista che è tradizionalmente associata all’applicazione del principio di capacità contributiva, per cui si ritiene che il prelievo tributario debba essere supportato «in generale» da una adeguata ed effettiva attitudine personale alla contribuzione<sup>84</sup>.

Ne consegue che tributi istituiti al fine di tutelare la salubrità dell’ambiente, o di salvaguardare l’accesso a beni pubblici e a risorse ambientali scarse, sebbene fortemente raccomandati dall’OCSE al fine di potenziare le attuali politiche fiscali ecologiche degli Stati, non sono sempre considerati compatibili con il citato principio di capacità contributiva, essendo diretti a colpire fatti che, pur interagendo su beni di primario interesse, non costituiscono necessariamente un indice rivelatore dell’esistenza di una concreta forza economica del soggetto passivo<sup>85</sup>. La tradizionale

<sup>83</sup> Sulla capacità contributiva come criterio oggettivo di riparto dei carichi pubblici, che risponde ad esigenze sia garantiste, sia solidaristiche ed egualitarie, si vedano, fra gli altri, F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, Cedam, Padova, 1973, pp. 59 e ss.; ID., *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in L. PERRONE e C. BERLIRI, a cura di, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, pp. 45 e ss.; A. GIOVANNINI, *Capacità contributiva*, in *Enciclopedia giuridica Treccani, Diritto online*, Roma, 2013; D. STEVANATO, *La giustificazione sociale dell’imposta. Tributi e determinabilità della ricchezza tra diritto e politica*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 149.

<sup>84</sup> Sul punto, cfr. F. GAFFURI, *L’attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969, 88 ss.; sui limiti al potere di imposizione, sia formale, sia sostanziale, che discendono dal principio di capacità contributiva, cfr. E. DE MITA, *Il principio di capacità contributiva*, in E. DE MITA, a cura di, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 1991, pp. 33 e ss.; G. MARONGIU, *I fondamenti costituzionali dell’imposizione tributaria. Profili storici e giuridici*, Torino, 1991, *passim*. Sulla duplice valenza, solidaristica e garantista, attribuita tradizionalmente al principio, v. S. FIORENTINO, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, pp. 102-103; A. GIOVANNINI, *Capacità contributiva*, cit.; F. MOSCHETTI, *Profili generali*, in F. MOSCHETTI, a cura di, *La capacità contributiva*, Cedam, Padova, 1993, p. 241.

<sup>85</sup> Sulla questione della compatibilità dei tributi ambientali con il principio di capacità contributiva, si vedano già F. GALLO e F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in «Rassegna tributaria», I, 1999, pp. 115-148; P. SELICATO, *La tassazione ambientale: nuovi indici di ricchezza, razionalità del prelievo e principi dell’ordinamento comunitario*, cit.; F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, in «Rassegna

interpretazione della capacità contributiva non ammette, infatti, la legittimità di tributi fondati su indici non tradizionali di ricchezza, ammettendo come presupposto dei tributi solo componenti patrimoniali – siano esse configurabili come flusso (reddito) o come *stock* (patrimonio) o, ancora, come oggetto di scambio (consumo o spesa) – di cui il soggetto passivo sia titolare e, pertanto, in linea di massima, in condizione di disporre<sup>86</sup>.

È evidente, che una simile concezione della capacità contributiva non può giustificare l'introduzione di tributi ambientali, in quanto l'impatto antropico sull'ambiente, ovvero l'insieme degli effetti che le attività dell'uomo hanno su di esso, non integra di per sé uno dei presupposti tradizionali della capacità economica cui è astrattamente applicabile un tributo. Tuttavia, alla luce della recente evoluzione del principio di capacità contributiva, da limite assoluto a limite relativo dell'imposizione<sup>87</sup>, non pare azzardato affermare che, in una «moderna» accezione del principio, può forse assumere rilievo una diversa e più aggiornata prospettiva teorica, in cui è possibile inquadrare non soltanto i prelievi tributari ambientali, ma anche i sistemi di tassazione intesi nel loro complesso.

Se infatti si ritiene, come sostiene Gallo (cfr. § 5.2), che è compito primario dello Stato «rimuovere le cause di ingiustizia distributiva socialmente e moralmente inaccettabili, oltre che rimediare alle situazioni estreme di esclusione, di assenza di opportunità e di perdita della speranza», la funzione distributiva, svolta dallo Stato attraverso il sistema fiscale e la spesa pubblica, assume un'importanza fondamentale, che non può essere assolutamente ignorata o sottaciuta. Ne deriva la necessità che legislatori e *policy makers* si sforzino, innanzitutto, di definire gli obiettivi di equità

---

tributaria», 53(2), 2010, pag. 303-310; R. ALFANO, *La fiscalità nella politica ambientale dell'Unione Europea*, l'arcae'arco, Nola, 2009, pp. 81 e ss.; S. DORIGO, *Fiscalità e ambiente nella prospettiva costituzionale italiana*, in S. DORIGO, P. MASTELLONE e S. GRASSI, a cura di, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale*, cit., pp. 125-306; ID., *La declinazione di "ambiente" e la tassazione ambientale oggi*, in V. FICARI (a cura di), *I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente*, cit., pp. 45-72; C. SCIANCALEPORE, *Cambiamenti climatici e green taxes*, cit., pp. 93-106.

<sup>86</sup> Così A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 22.

<sup>87</sup> Sulla concezione della capacità contributiva quale limite all'imposizione e parametro «oggettivo» di ragionevolezza delle scelte legislative, si vedano, fra gli altri, G. BERGONZINI, *I limiti costituzionali quantitativi dell'imposizione fiscale*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 165 e ss.; A. FEDELE, *Ancora sulla nozione di capacità contributiva nella costituzione italiana e sui "limiti" costituzionali all'imposizione*, in L. SALVINI e G. MELIS, *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Cedam, Padova, 2014, pp. 13-26. Più specificamente, sulla concezione della capacità contributiva quale limite relativo all'imposizione, v. S. FIORENTINO, *Lezioni di Diritto Tributario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 39-46. Sulle recenti tendenze interpretative del principio, v. anche A. GIOVANNINI, *Quale capacità interpretativa?*, in «Diritto e Pratica Tributaria», 3, 2020, pp. 826-844.

appropriati per un governo che intende farsi carico di questo arduo compito e, poi, provvedano a progettare politiche fiscali e di spesa pubblica che aiutino a raggiungere tali obiettivi.

Le diverse visioni della giustizia distributiva dimenticano, invece, l'importanza dell'equità a causa delle incertezze e del disaccordo della dottrina nell'individuare la sua giustificazione sottostante. Nessuno dei due principali approcci al problema della ripartizione del carico tributario (approccio del beneficio, o della controprestazione, e approccio della capacità contributiva) riescono, infatti, ad arrivare a conclusioni univoche ed inconfutabili, perché le preoccupazioni distributive sottostanti la nozione di equità sono diversamente definite. La ripartizione del carico tributario viene dunque a dipendere dalle finalità che si assegnano all'imposta e dalla concezione di equità cui si aderisce.

La difficoltà di pervenire ad una chiara ed univoca definizione di equità fa apparire, inoltre, questo concetto poco chiaro, evanescente, e quindi meno degno di essere realizzato rispetto all'obiettivo dell'efficienza. Comunemente, anzi, fra gli studiosi di economia prevale l'opinione che la redistribuzione possa, per così dire, «disturbare» l'efficienza e che, pertanto, l'equità possa essere raggiunta, ma soltanto a discapito dell'efficienza<sup>88</sup>. In ambito giuridico, invece, si è soliti descrivere i falliti tentativi degli studiosi di pervenire alla giustificazione dell'equità e alla definizione di un sistema tributario realmente equo, con la famosa metafora della tartaruga su cui poggiano tante altre tartarughe<sup>89</sup>. C'è un dettaglio, tuttavia, che a molti probabilmente è sfuggito: il fallimento di questi tentativi è frutto di un improprio metodo di analisi<sup>90</sup>. Se è vero, infatti, che lo studio dell'azione impositiva si sostanzia,

<sup>88</sup> Per una sintesi efficace delle diverse «visioni» dell'equità, si veda N. ACOCELLA, *Politica economica e strategie aziendali*, Carocci, Roma, 1999, pp. 69 e ss..

<sup>89</sup> Cfr. D. SHAVIRO, *Commentary: Inequality, Wealth, and Endowment*, in «Tax Law Review», 53, 2000, pp. 397-399. La metafora della tartaruga riprende un antico mito sulla creazione della terra, presente nella mitologia indiana, cinese e nativa americana. In un suo libro Stephen Hawking ricorda, con un aneddoto, tale metafora: «Un famoso scienziato tenne una volta una conferenza pubblica su un argomento di astronomia. Egli parlò di come la Terra orbiti attorno al Sole e di come il Sole, a sua volta, compia un'ampia rivoluzione attorno al centro di un immenso aggregato di stelle noto come la nostra galassia. Al termine della conferenza, una piccola vecchia signora in fondo alla sala si alzò in piedi e disse: "Tutto quel che lei ha raccontato è una sciocchezza. Il mondo, in realtà, è un disco piatto che poggia sul dorso di una gigantesca tartaruga". Lo scienziato si lasciò sfuggire un sorriso di superiorità prima di rispondere: "E su cosa poggia la tartaruga?". disse la vecchia signora: "Lei è molto intelligente, giovanotto, ... ma ogni tartaruga poggia su un'altra tartaruga!"» (S. HAWKING, *A Brief History of Time*, Bantam Books, London, 1988; trad. it., *Dal big bang ai buchinieri. Breve storia del tempo*, Rizzoli, Milano, 1988).

<sup>90</sup> Sul punto v. già J.R. REPETTI, *Democracy and Opportunity: A New Paradigm in Tax Equity*, in «Vanderbilt Law Review», 61(4), 5-2008, pp. 1131-1132.

in definitiva, nell'analisi delle «regole di azione della Pubblica Amministrazione in materia tributaria»<sup>91</sup>, allora l'individuazione di un'imposta «giusta», vale a dire «conforme ad equità», richiede di volgere lo sguardo al di fuori del sistema tributario e di orientare il *focus* dell'analisi sull'attuazione dei «più ampi principi di giustizia nello svolgimento dell'attività di governo»<sup>92</sup>. L'origine di un'imposta, allo stesso modo del reddito di ciascun contribuente nell'imposta sul reddito, è anche il prodotto delle politiche adottate dal governo. Pertanto, lo stesso sistema fiscale deve essere considerato come uno strumento che aiuta chi governa a raggiungere determinati obiettivi prestabiliti di efficienza e di equità.

A prima vista, potrebbe sembrare che tale approccio accresca la complessità del problema. Se infatti è difficile individuare le ragioni dei tributi ed i reali obiettivi del sistema fiscale, sarà esponenzialmente più difficile individuare i più ampi principi di efficienza e di equità che regolano l'attività di governo. Esiste, tuttavia, in letteratura, un ampio consenso sugli obiettivi appropriati della funzione distributiva in una democrazia capitalista. Molti hanno proposto che il principio di base della giustizia distributiva per i governi democratici è che «nessuno dovrebbe avere a disposizione meno risorse ed opportunità di chiunque altro, semplicemente in virtù di qualche evento casuale, il cui rischio non ha scelto di correre»<sup>93</sup>. Altri, in modo analogo, hanno suggerito che l'uguaglianza «di opportunità, non di risultati» rappresenta l'ingrediente principale della giustizia distributiva<sup>94</sup>. Rawls ha affermato, per esempio, che ogni cittadino, indipendentemente dalla propria ricchezza o dalla classe di origine, dovrebbe avere le stesse possibilità di raggiungere una posizione sociale privilegiata, dati gli stessi talenti e lo stesso impegno<sup>95</sup>. La sua concezione della giustizia si basa, infatti, sull'idea che tutti i beni sociali principali (i *beni primari*) debbano essere distribuiti in eguale misura e che una distribuzione disuguale possa esservi, ma soltanto se produce benefici anche per i più svantaggiati<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> Cfr. S. LA ROSA, *Amministrazione finanziaria e giustizia tributaria*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 29 e ss..

<sup>92</sup> L. MURPHY e T. NAGEL, *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 30.

<sup>93</sup> Cfr. E. RAKOWSKI, *Equal Justice*, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, New York, 1991, p. 1728.

<sup>94</sup> Cfr. B. ACKERMAN e A. ALSTOTT, *The Stakeholder Society*, Yale University Press, New Haven, 1999, p. 24.

<sup>95</sup> Così J. RAWLS, *The Law of Peoples: with the idea of public reason revisited*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 115, ma vedianche ID., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, London, 1971, p. 73.

<sup>96</sup> La teoria rawlsiana della giustizia è efficacemente sintetizzata in due principi:

Il principio di eguaglianza delle opportunità ha così assunto, gradualmente, un'importanza fondamentale nell'ambito delle teorie filosofiche della giustizia distributiva, fino ad essere reputato un elemento indispensabile per misurare la situazione di vantaggio generale di una persona e porla a confronto con quella di tutte le altre. Spostandosi, infatti, l'attenzione dall'ambito dei *mezzi* (come il reddito o i beni di cui un individuo dispone) a quello delle *opportunità* di realizzare i fini prefissati, si è scelto di calcolare il vantaggio di un individuo basandosi non più sulle sue risorse e sulla sua "utilità", ma sulla libertà necessaria per realizzare quelle cose o quei fini cui egli attribuisce valore. Secondo questo approccio, ogni persona rappresenta un *fine* e chi governa non dovrebbe stare a chiedersi quale sia il benessere totale o medio delle persone comprese nella collettività che amministra, ma dovrebbe preoccuparsi dell'insieme di *opportunità* o di *libertà* sostanziali ad esse individualmente disponibili. Nella valutazione delle società e delle istituzioni diventa così fondamentale la misurazione delle disparità di capacità, o di opportunità, ancor più delle disuguaglianze di reddito o di ricchezza. Ne consegue, inoltre, come evidenziato da Sen e poi da molti altri dopo di lui, che fra gli obiettivi di un governo giusto vi dovrebbe essere innanzitutto quello di promuovere le capacità o libertà degli individui, assicurandosi che ognuno di essi abbia eguali opportunità di realizzare quelle cose a cui, per un motivo o per un altro, attribuisce valore.

---

1) il primo e fondamentale principio di giustizia, secondo cui tutti i valori sociali – libertà ed opportunità, ricchezza e reddito, e le basi del rispetto di sé – devono essere distribuiti in eguale misura, in modo che a tutti gli individui sia consentito massimizzare la realizzazione della propria personalità («autorealizzazione»);

2) il secondo principio di giustizia, che afferma l'equa distribuzione del reddito e la pari opportunità di accesso alle cariche pubbliche.

Nel proporre i suoi due principi di giustizia Rawls ne sottolinea la superiorità, sia rispetto al sistema della libertà naturale, sia rispetto al principio di pari opportunità. Il sistema dell'eguale libertà naturale è fondato, tuttavia, su un'idea di eguaglianza meramente formale delle opportunità, nel senso che tutti teoricamente hanno uguale diritto di accesso a tutte le posizioni sociali vantaggiose. Il difetto di questo sistema sta nel fatto che la distribuzione del reddito e della ricchezza risulta sempre fortemente condizionata da contingenze naturali e sociali. L'ideale dell'eguaglianza delle opportunità cerca di colmare questo difetto, offrendo a tutti gli individui le stesse prospettive di cultura e di successo, indipendentemente dalla loro condizione economica e sociale di partenza. Secondo Rawls, tuttavia, anche tale sistema risulta insoddisfacente, poiché lascia che il livello personale di reddito e di ricchezza degli individui sia condizionato dalla distribuzione delle doti naturali. Per correggere anche questa distorsione, che conduce a risultati arbitrari e dunque inaccettabili sul piano morale, Rawls propone un ideale di eguaglianza democratica cui si perviene combinando il principio di eguaglianza delle opportunità con quello di differenza: i talentuosi potranno trarre vantaggio dai loro talenti, accedendo ad un maggior reddito e ad una maggiore ricchezza, ma solo se ciò produce benefici anche per i meno fortunati. In tal modo, una società giusta sarà disposta ad accettare un certo grado di disuguaglianza, ma solo se ciò serve ad incentivare i più talentuosi ad utilizzare i propri talenti per il bene dell'intera collettività.

Partendo da queste considerazioni, c'è stato chi è addivenuto alla conclusione che anche i sistemi tributari nazionali dovrebbero essere progettati per promuovere quelle opportunità e garantirne un'uguale fruizione a tutti i cittadini. Resta solo da stabilire cosa significa assicurare a tutti una uguale opportunità di realizzare i propri talenti, potenzialità e/o desideri<sup>97</sup>. Significa forse garantire a tutti, al momento della nascita, la disponibilità di un uguale quantitativo di risorse oppure il livello minimo che sarebbe necessario per vivere una vita dignitosa? Considerate le numerose sfere della vita umana in cui le persone agiscono e si realizzano, è evidente che ciò comporta anche chiedersi cosa è necessario perché una vita possa essere considerata "dignitosa", ovvero all'altezza della dignità umana. Martha Nussbaum, come abbiamo ricordato<sup>98</sup>, superando l'indeterminatezza della teoria di Sen, ha provato a rispondere a questa domanda individuando un elenco di dieci capacità centrali (o basilari) da tutelare e da assicurare a tutti gli individui come elementi primari di giustizia. Fra questi elementi vale qui la pena segnalare, perché particolarmente rilevanti rispetto al tema affrontato in questo scritto, la vita, la salute e l'integrità fisica, nonché il controllo del proprio ambiente, inteso sia in senso materiale (come l'essere in grado di avere proprietà o di godere del diritto di proprietà in modo uguale agli altri individui) sia in senso politico (come la libertà di parola e di associazione o il poter partecipare ai processi pubblici decisionali o, in generale, alla vita della comunità cui si appartiene).

Sviluppando coerentemente questo ragionamento possiamo dunque affermare che un giusto sistema tributario dovrebbe contemplare tra i suoi obiettivi principali quello di promuovere uguali opportunità di autorealizzazione e di partecipazione alla vita della comunità. Sia la filosofia politica che la letteratura empirica suggeriscono, infatti, che una maggiore possibilità di partecipare ai processi pubblici decisionali e alla vita democratica di un paese costituiscono una condizione imprescindibile per consentire a tutti di realizzare i propri talenti, potenzialità e desideri, ovvero tutti gli obiettivi cui ciascun individuo attribuisce valore.

Tutto ciò ci conduce logicamente a promuovere un ampliamento della nozione di capacità contributiva tradizionalmente accolta e a proporre l'introduzione di tributi correlati alle *capabilities*, intese come particolari libertà od opportunità di fruizione e

<sup>97</sup> Così J.R. REPETTI, *Democracy and Opportunity: A New Paradigm in Tax Equity*, cit., p. 1143.

<sup>98</sup> Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, cit., pp. 25-50.

di partecipazione. In questa nuova prospettiva, il principio di capacità contributiva potrebbe esprimere un nuovo vigore concettuale e fornire la base ideale per una definizione più moderna di tributo e di concorso alle spese pubbliche. Quest'ultimo, a mio avviso, dovrebbe commisurarsi, in ragione di una maggiore flessibilità di intendere la capacità economica da tassare, non più soltanto agli elementi cui è tradizionalmente associato (reddito, patrimonio, consumi), ma anche a situazioni di vantaggio nell'accesso al godimento di beni da cui dipende il benessere degli individui e nella partecipazione alle decisioni pubbliche che riguardano il governo o la gestione degli stessi.

Potrebbe essere concepibile, ad esempio, una revisione globalmente coordinata dei sistemi tributari che, ispirandosi al *Capabilities Approach*, miri a limitare lo sfruttamento dei beni comuni globali e ad effettuare una più equa distribuzione dei benefici derivanti dall'utilizzo commerciale degli stessi. È evidente, infatti, che una soluzione realmente risolutiva non può che avere una dimensione globale. L'attuazione di misure unilaterali e non coordinate, oppure efficaci solo a livello regionale o continentale, potrebbe determinare un aumento delle controversie fiscali e commerciali, che avrebbero, a loro volta, effetti deleteri sull'economia e sulla certezza del diritto.

È dunque necessario avviare un'iniziativa coordinata di livello mondiale che porti ad un adattamento dei sistemi tributari al continuo evolversi delle tecnologie e dei modelli di *business*. Vanno in questa direzione, certamente, le recenti iniziative predisposte dall'OCSE, dalla Commissione europea e da singoli Stati al fine di fronteggiare, in maniera coordinata e collaborativa, le problematiche derivanti dal cambiamento climatico, dalla crescente digitalizzazione dell'economia e dalla progressiva affermazione sul mercato di nuovi *business models*. Queste problematiche hanno una rilevanza di portata globale e dovrebbero essere affrontate con un approccio globale, che non si limiti ad un mero adattamento della nozione di stabile organizzazione e contempli, allo stesso tempo, l'introduzione di nuovi modelli di prelievo condivisi da comunità di Stati (Unione Europea, Mercosur) oppure dall'intera comunità internazionale (Onu, World Trade Organization).

## 6. - Considerazioni conclusive e proposte di policy.

La “ricetta” di Gallo (illustrata nel § 5.2) possiede, a mio avviso, enormi potenzialità, ancora oggi non adeguatamente colte né sviluppate. In questa sede non ci è possibile spiegare dettagliatamente come sia possibile farlo, traducendo nella pratica quei principi etico-filosofici su cui essa si basa. Non possiamo, tuttavia, esimerci dal segnalare come il *CapabilitiesApproach* potrebbe costituire la base ideale per una riforma dei sistemi tributari nazionali volta a recuperare elementi di progressività e di giustizia sociale che la globalizzazione ed il dominio incontrastato del pensiero unico neoliberista hanno concorso a mettere in crisi. Recenti ricerche<sup>99</sup> hanno infatti evidenziato come tale approccio potrebbe consentire di realizzare sistemi di tassazione più equi e più attenti alle esigenze delle persone economicamente o socialmente svantaggiate, come i più poveri, i disabili, le donne e coloro che vivono in famiglie numerose o monoparentali. Partendo dal delicato tema della tutela dell’ambiente si potrebbe poi puntare a realizzare qualcosa di più. Per esempio, si potrebbe iniziare a pensare alla costruzione di un sistema tributario globale<sup>100</sup> che, avvalendosi di un impianto concettuale comune ispirato ai principi del *CapabilitiesApproach*, punti a:

- 1) limitare lo sfruttamento dei cosiddetti “beni comuni globali”;
- 2) superare i potenziali conflitti energetici descritti dal “triangolo delle tensioni” di Wood e Roelich;
- 3) rafforzare la resilienza dei sistemi economici, finanziari e previdenziali<sup>101</sup>;

<sup>99</sup> Cfr. M. STEWART, *Gender Equity in Australia’s Tax System*, Legal Studies Research Paper, 443, University of Melbourne, Melbourne, 2009 e ID., *Gender inequality in Australia’s tax-transfer system*, in M. STEWART (a cura di), *Tax, social policy and gender: rethinking equality and efficiency*, Australian National University Press, Acton, 2017.

<sup>100</sup> Indubbiamente, la proposta di creare un sistema tributario globale, come quella di istituire delle *global taxes*, incontra numerose difficoltà sul piano pratico, determinate principalmente dall’inesistenza di un governo globale e dalla riluttanza degli Stati a rinunciare alla propria sovranità fiscale. Parte della dottrina considera, tuttavia, la sfida per un diritto tributario globale come importantissima, poiché consentirebbe di limitare lo sfruttamento delle disparità transnazionali tra gli ordinamenti tributari e di recuperare le rilevanti perdite di gettito prodotte dalle strategie di pianificazione fiscale delle multinazionali. Cfr. PISTONE P., *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Tributario», 2, 2016, pp. 395-440 e V. TANZI, *Lakes, oceans, and taxes: why the world needs a world tax authority*, in T. POGGE e K. MEHTA (Eds.), *Global tax fairness*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 251-264.

<sup>101</sup> Per ulteriori approfondimenti su questo tema, v. K. AINGINGER, *Strengthening the resilience of an economy*, in «Intereconomics», 44(5), 2009, pp. 309-316; S. VILLANI, *Resilienza, globalizzazione e politiche pubbliche*, cit.; ID., *Brevi osservazioni sulla nozione di resilienza dei sistemi economici, fiscali e previdenziali*, cit.

- 4) ridurre le “vecchie” disuguaglianze nella distribuzione del reddito, o della ricchezza in generale, e le “nuove” disuguaglianze nelle dotazioni di capitale umano, servizi pubblici ed infrastrutture, che congiuntamente ostacolano il pieno sviluppo della persona umana<sup>102</sup>.

Un sistema tributario di questo tipo dovrebbe, però, escludere categoricamente la possibilità di tassare qualità personali, capacità sociali o relazionali degli individui e contemplare l’assoggettamento a tassazione delle sole posizioni di vantaggio nella disponibilità e nell’accesso a beni e servizi che dovrebbero essere garantiti a tutti. Pensiamo, in particolare, all’istituzione di istituzioni sovranazionali di garanzia e all’applicazione di imposte sull’uso ed abuso dei beni comuni dell’umanità, che costituiscono risorse collettive, cui tutte le specie hanno uguale diritto e sono pertanto il fondamento della ricchezza reale<sup>103</sup>. Questi beni sono sempre più invasi ed espropriati, ridotti a merce, recintati o inquinati ed il loro accesso è sempre più minacciato.

Potremmo dunque immaginare istituzioni che ci permettano di valorizzarli, di governare il processo di transizione ecologica in atto e di rafforzare la resilienza dei nostri sistemi di produzione. All’interno di un’area economica integrata, quale quella dell’Unione europea, si potrebbero, per esempio, riformare i trattati istitutivi per creare un sistema di principi e di regole condivise sulla gestione dei beni comuni. I Trattati europei hanno impresso, infatti, al progetto iniziale dei Padri fondatori una direzione che lo allontana dall’ideale di costruzione dei beni collettivi europei e ne istituzionalizza, al contrario, la privatizzazione extraterritoriale. Le istituzioni europee non hanno dato vita, cioè, ad un sistema di regole condivise di gestione dei *commons*, ma ad un processo di privatizzazione di beni privati extraterritoriali, che rischia di generare situazioni di equilibrio economicamente e socialmente sub-ottimali. Nel detto contesto, invece, una riforma dei trattati istitutivi – e in particolare della parte di essi che è dedicata alle politiche dell’Unione in materia di ambiente e di energia (Titoli XX e XXI della Versione consolidata del TFUE) – ispirata ai principi di reciprocità, di solidarietà e di sussidiarietà, potrebbe condurre ad una

<sup>102</sup> In questo, cfr. A. SEN, *Development as Freedom*, cit..

<sup>103</sup> Sul valore dei beni comuni globali e sul contributo fondamentale degli stessi al benessere della società nel mondo globalizzato di oggi, v. S. DENEULIN e N. TOWNSEND, *Public goods, global public goods and the common good*, in «International Journal of Social Economics», 34(1-2), 2007, pp. 19-36; G. RICOVERI, *Beni comuni vs merci*, cit.; P. RIORDAN, *Global Ethics and Global Common Goods*, Bloomsbury, Londra, 2014.

riorganizzazione delle istituzioni europee che lasci agli Stati membri la gestione dei beni pubblici e trasferisca all'Unione la *governance* dei beni comuni<sup>104</sup>.

Potremmo, inoltre, immaginare il ricorso ad imposte "pigouviane", istituite ed applicate sulla base di accordi globali od internazionali, dirette ad eliminare o ridurre le esternalità negative prodotte dall'aumento della concentrazione dei gas serra nell'atmosfera. Gli studi più recenti sulle *environmentaltaxes* rilevano che il livello attuale di tassazione sui prodotti inquinanti è estremamente basso e non rispecchia in maniera adeguata il danno ambientale e sociale che questi beni comportano<sup>105</sup>. L'applicazione multilaterale e coordinata di una *carbon tax*<sup>106</sup> produrrebbe, secondo alcune analisi, un importante dividendo fiscale che potrebbe essere sfruttato per perseguire altri obiettivi a sostegno non solo dell'ambiente, ma anche della salute e del lavoro<sup>107</sup>. Il mercato delle quote di CO<sub>2</sub> di cui l'Europa si è dotata a partire dal 2005 aveva in verità una finalità simile, ma non ha svolto adeguatamente la sua funzione, non avendo fornito il benché minimo incentivo ad investire in infrastrutture industriali a basso contenuto di carbonio.

Pensiamo, infine, al ruolo chiave che può svolgere la fiscalità nella lotta alla povertà energetica. È noto, infatti, che una delle determinanti della povertà energetica è costituito dal costo dell'energia e che tale costo è spesso pesantemente influenzato da componenti fiscali e parafiscali, le quali si aggiungono alle altre componenti di costo delle bollette. In questo contesto, come suggerito anche dall'OCSE, è fondamentale intervenire in senso restrittivo sui sussidi ai combustibili fossili per tenere sotto controllo la volatilità dei prezzi e per migliorare la competitività delle energie rinnovabili e delle tecnologie energetiche efficienti. È importante, tuttavia, nella stessa logica, intervenire sia attraverso la previsione di agevolazioni fiscali a favore dei *fuelpoors* sia tramite la riduzione della pressione

<sup>104</sup> Nello stesso senso, v. già G. GIRAUD, *Illusionfinancière. Dessubprimes à la transitionécologique*, LesÉdition de l'Atelier, Paris, 2012, pp. 107 e ss. e ID., *Per ripartire dopo l'emergenza Covid-19*, «La Civiltà Cattolica», 4075, 4/18 aprile, 2020, pp. 60 e ss..

<sup>105</sup> Cfr. OCSE, *Environmentally Harmful Subsidies: Challenges for Reform*, OCSE Publishing, Parigi, 2005 e ID., *Taxing Energy Use 2019: Using Taxes for Climate Action*, OCSE Publishing, Parigi, 2019.

<sup>106</sup> Un approccio "multilaterale" e "coordinato" consentirebbe, secondo alcuni, di superare le difficoltà che normalmente determinano il fallimento dei tentativi unilaterali di applicazione di una *carbon tax*. Cfr. T. FALCÃO, *A Proposition for a Multilateral Carbon Tax Treaty*, International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Amsterdam, 2019.

<sup>107</sup> Cfr. al riguardo anche R.M. BIRD, *Global taxes and international taxation: Mirage and reality*, cit.; ID., *Are Global Taxes Feasible?*, cit..

fiscale complessiva sul “bene-energia”<sup>108</sup> e su quelle forme di produzione che possono contribuire ad accrescere il benessere umano, pur essendo importanti fonti di emissioni di gas serra. Si pensi, ad esempio, al settore zootecnico: secondo alcune ricerche<sup>109</sup> esso produrrebbe una rilevante quota di emissioni, derivanti principalmente dalla lavorazione e produzione di mangimi, dalla fermentazione enterica (processi digestivi) e dalla gestione delle deiezioni; per questa ragione, è facile attendersi un coinvolgimento del settore nei futuri programmi internazionali di riduzione delle emissioni; nel valutare l’impatto ambientale della zootecnia ed il ricorso agli strumenti economici o di mercato (quali la tassazione indiretta, le sovvenzioni mirate o i diritti di emissione negoziabili) a fini di politica ambientale non si può prescindere, tuttavia, dal considerare che l’allevamento animale rappresenta spesso l’unica fonte di reddito per le economie più povere, che sono poi quelle che subiscono le maggiori conseguenze negative dei cambiamenti climatici in atto; tale circostanza crea una potenziale conflitto – proprio del tipo di quelli descritti da Wood e Roelich nel loro *tensionstriangle* – tra le misure di mitigazione concretamente applicabili ed il consumo di prodotti agricoli di origine animale; non si può non tenerne conto quando si discute dell’opportunità di adottare sistemi di gestione delle emissioni che siano vincolanti anche per il settore agricolo.

L’ulteriore passo verso una migliore gestione delle emissioni, in un’ottica di mitigazione globale, dovrebbe infine contemplare, ad avviso di chi scrive, una riforma coordinata dei sistemi tributari che stimoli l’autoconsumo collettivo di energia rinnovabile attraverso la previsione di incentivi alla costituzione di “comunità energetiche locali”, e cioè di comunità di individui, imprese ed enti territoriali finalizzate alla condivisione dell’energia auto-prodotta mediante l’utilizzo di fonti rinnovabili<sup>110</sup>. In alcuni paesi si stanno sviluppando forme di cooperazione

<sup>108</sup> Cfr. al riguardo S. SUPINO e B. VOLTAGGIO, *La povertà energetica in Italia: misure di contrasto e prospettive future*, in S. SUPINO e B. VOLTAGGIO (a cura di), *La povertà energetica. Strumenti per affrontare un problema sociale*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 310-327.

<sup>109</sup> Sul dibattito relativo all’impatto ambientale del settore zootecnico, cfr. G.M. CROVETTO e A. SANDRUCCI (a cura di), *Allevamento animale e riflessi ambientali*, Fondazione Iniziative Zooprofilattiche e Zootecniche, Brescia, marzo 2010; S. CODERONI e G. BONATI, *Le emissioni di gas serra della zootecnia: potenzialità di mitigazione e recupero di biogas*, «Agriregioneuropa», 6(21), giugno 2010.

<sup>110</sup> La condivisione di energia da fonti rinnovabili attraverso l’autoconsumo collettivo e la costituzione di comunità energetiche è stata disciplinata in Europa dalla Direttiva UE 2018/2001 sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili e dalla Direttiva UE 2019/944 relativa a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica, che abroga la precedente Direttiva 2009/72/CE sul mercato elettrico e modifica la Direttiva 2012/27/UE in materia di efficienza energetica. Nel testo della prima Direttiva (cfr. considerando n. 66) è stata sancita, in particolare, per la prima volta, la necessità di stabilire un quadro normativo che consentisse agli

per lo sfruttamento dell'energia derivante da queste fonti che consentono l'autosufficienza locale e persino la vendita della produzione in eccesso. L'utilizzo della leva fiscale per incentivare queste forme di condivisione si inquadra perfettamente, a mio avviso, in un sistema di tassazione ispirato ai principi del *Capabilities Approach*, in quanto presuppone il riconoscimento dell'energia come bene primario e fondamentale per la vita e per lo sviluppo sociale della persona<sup>111</sup>.

Queste considerazioni rappresentano ovviamente solo una prima rozza riflessione sulle riforme da realizzare per procedere verso la decarbonizzazione dell'economia globale. Ulteriori approfondimenti sarebbero necessari per trasformarla in una proposta di *policy* più matura, ma si tratta in ogni caso di questioni che meritano considerazione nel momento in cui si cerca di integrare il discorso delle misure di contrasto al cambiamento climatico con quello delle forme contemporanee di raggiungimento del benessere, ancora fortemente dipendenti dall'uso di energia derivata dai combustibili fossili.

---

“autoconsumatori di energia rinnovabile” di produrre, utilizzare, immagazzinare e vendere energia elettrica senza incorrere in oneri sproporzionati. In Italia, in attesa del recepimento della Direttiva, con la conversione in legge del D.L. 162/2019 (*Milleproroghe 2020*) è stata avviata una sperimentazione che ne anticipa i tempi e prevede progetti pilota per l'attivazione dell'autoconsumo collettivo e per la costituzione delle cosiddette “comunità energetiche rinnovabili”.

<sup>111</sup>In questo senso, v. già C. BLANCHET, *Commons-Based Renewable Energy in the Age of Climate Collapse*, in S. BLOEMEN e T. DE GROOT (a cura di), *Our Commons: Political Ideas for a New Europe*, Commons Network, Amsterdam, 2019, pp. 33-37, che in un recente saggio sulla giustizia climatica, come soluzione per realizzare una transizione energetica democratica ed equa, suggerisce di combinare il modello tedesco delle cooperative energetiche con l'inclusività delle aziende municipalizzate.

# UN INDIZIO È UN INDIZIO, MA DUE INDIZI SONO UNA COINCIDENZA? LA TECNICA "CAPPATO" COLPISCE ANCORA.

**Andrea Conzutti\***

**ABSTRACT** [ITA]: L'ordinanza n. 132/2020, con la quale i Giudici di Palazzo della Consulta hanno nuovamente fatto ricorso alla tecnica dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata, inaugurata con il caso "Cappato", offre uno spunto per una riflessione sulla delicata materia dei rapporti tra libertà d'espressione, prevista dall'art. 21 della Costituzione, ed il reato di diffamazione a mezzo stampa. Nel lavoro si muove dal presupposto, tratto dalla giurisprudenza tanto costituzionale quanto convenzionale, dell'improcrastinabile esigenza di ripensare l'ormai anacronistico bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione personale. Proseguendo lungo tale direttrice, si analizza proprio la summenzionata ordinanza n. 132/2020, per tentare di capire se la soluzione preconizzata con la discussa e divisiva ordinanza "Cappato" costituisca la genesi di un innovativo modulo decisorio, ovvero se rappresenti una sorta di *iussingulare* legato a doppio filo alle esigenze contingenti che l'hanno generata.

**ABSTRACT** [ENG]: Ordinance no. 132/2020, with which the Constitutional Judges again resorted to the established but undeclared order of unconstitutionality, inaugurated with the "Cappato" case, triggers challenging questions related to the delicate matter of the relationship between freedom of expression, pursuant to art. 21 of the Italian Constitution, and the crime of defamation in the press. This contribution is based on the assumption, drawn from both constitutional and conventional jurisprudence, of the improcrastinable need to rethink the anachronistic balance between freedom of expression and protection of personal reputation. Following from this consideration, the contribution analyses the aforementioned ordinance no. 132/2020, exploring the possibility – on the one hand – to consider the solution advocated with the controversial and divisive "Cappato" ordinance as a genesis of a new judicial technique, or – on the other hand – to treat it as a sort of *iussingulare* related to the contingent needs that generated it.

---

\* Dottorando in Scienze Giuridiche presso l'Università di Trieste, sede convenzionata dell'Università di Udine.

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. – **2.** Un puzzle normativo complesso: Costituzione, Codice penale, Legge sulla stampa. – **3.** Gli attori di un difficile bilanciamento. – **4.** Il presupposto della ponderazione tra libertà d’espressione e diritto all’onore: la dignità costituzionale del diritto alla reputazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – **5.** Le violazioni “italiane” dell’art. 10 CEDU alla luce degli arresti dei Giudici di Strasburgo. – **6.** Il necessario intervento della Corte costituzionale: l’ordinanza n. 132 del 2020. – **6.1.** I giudizi *a quibus*. – **6.2.** Profili sostanziali: un bilanciamento da ripensare. – **6.3.** Profili processuali: ritorna lo schema “Cappato”. – **7.** Alcune considerazioni conclusive.

## 1. Premessa.

La tecnica “Cappato” ha colpito ancora. Con l’ordinanza n. 132/2020 i Giudici di Palazzo della Consulta hanno infatti nuovamente fatto ricorso all’innovativa soluzione della c.d. “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”, già preconizzata con l’ordinanza n. 207 del 2018 afferente proprio al caso “Cappato”<sup>1</sup>. Si tratta di una

<sup>1</sup> Definita, nella relazione sull’attività svolta nell’anno 2018, dall’allora Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi quale tecnica decisoria ad «incostituzionalità prospettata». Si vedano, tra i primi commenti sull’ordinanza n. 132 del 2020, A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *ConsultaOnline*, n. 2/2020, p. 406 ss.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, p. 104 ss.; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, *op.cit.*, p. 545 ss.; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 27/2020, p. 206 ss.; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: l’ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio AIC*, n. 5/2020, p. 121 ss.; R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro it.*, n. 9/2020, 2565 ss.; G. BATTISTELLA, *La nuova tecnica decisoria sul “caso Cappato” tra diritto processuale e sostanziale*, in *Riv. GP*, 2/2020, p. 110 ss.; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020; M. MANTOVANI, *Dalla Consulta un Requiem per la tutela penale dell’onore?*, in *disCrimen.it*, 2020, p. 1 ss.; G. L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo “schema-Cappato”, rinviando l’udienza di un anno*, in *Sistemapenale.it*, 2020; D. CASANOVA, *L’ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, in *ConsultaOnline*, n. 3/2020; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accostamento della giustizia costituzionale italiana*, Bologna, 2020, p. 165 ss.

pronuncia particolarmente gravida di conseguenze processuali dal momento che, contrariamente a quanto sostenuto da autorevole dottrina, parrebbe confermare - seppur con tutti i *caveat* del caso - la genesi di un nuovo modulo decisorio diretto a privilegiare una (quantomai) opportuna interlocuzione con il Legislatore<sup>2</sup>.

Attraverso tale pronuncia, peraltro, torna ad imporsi all'attenzione dell'interprete la *vexata quaestio* dei rapporti tra libertà di stampa e diritto alla reputazione: due valori costituzionalmente tutelati, in inesorabile conflitto tra loro<sup>3</sup>. In particolare la libertà di stampa, pacificamente riconducibile nell'alveo della più ampia e generale libertà d'espressione, rappresenta uno dei principi più densi di significato contenuti nella nostra Costituzione, in netta cesura con un passato autoritario ed illiberale<sup>4</sup>, nonché un valore del tutto imprescindibile e consustanziale per qualsivoglia odierna democrazia<sup>5</sup>. E tuttavia, l'ampiezza della libertà in parola non può (in nessun caso?)

<sup>2</sup> Sull'annosa questione del rapporto tra Corte Costituzionale e politica, molto lucidamente, G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 35 ss.; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale «in-politica»: dentro la politica o implicata politicamente?*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, pp. 418 ss.; V. ANGIOLINI, *La Corte, la politica ed il tenere la distanza*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale»*, 2017, p. 41 ss.

<sup>3</sup> Sulla libertà di stampa si vedano, *inter alios*, C. MORTATI, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Cronache sociali*, n. 14/1947, p. 5 ss.; A. JANNITI PIROMALLO, *La legge sulla stampa*, Roma, 1957, il quale propugnava, tra le altre linee di riforma, l'espunzione dalle previsioni della legge speciale dei reati commessi a mezzo stampa; nonché P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971.

Si vedano, inoltre, più in generale, in relazione all'art. 21 della Costituzione A. PACE - M. MANETTI, *Rapporti civili: art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006; A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 465 ss.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; S. BARTOLE - R. BIN, *Art. 21*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 168 ss.

<sup>4</sup> Sul punto non possono non ricordarsi da un lato i provvedimenti di epoca fascista, ossia la legge 2307/1925, il R.D. 332/1928 e, dall'altro, quelli, non meno autoritari, di epoca immediatamente successiva, ossia il R.D.L. 727/1943 ed il R.D.L. 13/1944.

<sup>5</sup> La Corte Costituzionale è ferma nel ritenere come la libertà di manifestazione del pensiero sia «tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle (...) che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale» (Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 9), «coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione» (Corte cost., 23 marzo 1968, n. 11), «ordine dell'ordinamento democratico» (Corte cost., 10 luglio 1968, n. 98), «pietra angolare dell'ordine democratico» (Corte cost., 17 aprile 1969, n. 84), «il più alto, forse, dei diritti primari e fondamentali» (Corte cost., 8 luglio 1971, n. 168), «cardine di democrazia nell'ordinamento generale» e sottolinea, parimenti, il rilievo centrale che «la libertà di manifestazione del pensiero, anche e soprattutto in forma collettiva, assume ai fini dell'attuazione del principio democratico» rientrando nel novero dei «diritti inviolabili dell'uomo» (Corte cost., 2 maggio 1985, n. 126). Secondo T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1992, p. 665 ss. «a nulla varrebbe assicurare le altre libertà (personale, di domicilio, di riunione, di associazione, di religione, etc.) se allo stesso tempo, non si desse ai cittadini il diritto di esprimere le loro opinioni, i loro giudizi, le loro valutazioni in campo politico, culturale, religioso, economico». Non è un caso infatti se, come correttamente sottolinea A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, in *ConsultaOnline*, n. 3/2020, p. 546, con la prima sentenza della propria storia la Corte abbia dichiarato

essere tale da estendersi sino a pregiudicare l'altrettanto inviolabile diritto alla reputazione personale.

Da tale angolo visuale, il punto critico sul quale il presente lavoro intende soffermarsi è costituito dalla complessa opera di bilanciamento che la coesistenza di questi principi inevitabilmente implica: un bilanciamento implicito nel sistema costituzionale, messo in atto a livello di legislazione ordinaria e, in ultima istanza, praticato tanto dal Giudice delle leggi quanto dalla Corte di Strasburgo<sup>6</sup>. In effetti, proprio al fine di meglio comprendere la *ratio* della pronuncia in commento - anche nell'ottica di una possibile generalizzazione della soluzione giurisprudenziale di cui essa costituisce espressione - pare opportuno affrontare previamente i profili di merito a quest'ultima sottesi per provare nel prosieguo a prendere posizione in merito all'ampio dibattito dottrinale, di ordine squisitamente processuale, impostosi a seguito dell'ordinanza n. 207 del 2018 e tutt'ora imperante<sup>7</sup>.

## **2. Un puzzle normativo complesso: Costituzione, Codice penale, Legge sulla stampa.**

Come noto la Carta fondamentale della Repubblica all'art. 21 disciplina, *rectius* tutela, la libertà di manifestazione del pensiero, consistente nella libertà di esprimere le proprie idee nonché di divulgarle ad un numero indeterminato di destinatari<sup>8</sup>. Non è certamente questa la sede per dilungarsi oltremodo sul contenuto di tale disposizione costituzionale, premendo, piuttosto, solamente sgombrare il campo da alcuni equivoci.

Innanzitutto, l'art. 21 della Costituzione si configura indubbiamente come un tutto unitario, in cui la ragione giuridica e genetica delle garanzie formali offerte alla

---

l'incostituzionalità di una disposizione normativa proprio in quanto contrastante con l'art. 21 della Carta costituzionale.

<sup>6</sup> Il presente riferimento deve intendersi in relazione alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che hanno visto condannare l'Italia per violazione dell'art. 10 CEDU.

<sup>7</sup> Sulla natura "processuale" del giudizio costituzionale C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, p. 63 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1990, p. 105 ss.; A. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2009, p. 125 ss.; E. GROSSO, *Corte dei diritti e Corte dei poteri*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, 403 ss.

<sup>8</sup> Così R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015, p. 573.

stampa, che qui maggiormente interessano, risiede tanto nel primo comma quanto in quelli seguenti, che al primo si riallacciano secondo un'evidente interconnessione<sup>9</sup>. Detto in altri termini, nella norma in esame viene proclamata la libertà di manifestazione del pensiero e disciplinato, unitamente alla prima, l'istituto della stampa tradizionalmente considerato il principale strumento per la diffusione del pensiero<sup>10</sup>.

Preme, inoltre, sottolineare come nell'ottica del Costituente, a fondamento del riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero, vi sia non solamente la concezione per cui la libertà garantita sia in grado di *apportaredel bene*, quanto piuttosto l'idea che detta libertà rappresenti in *re ipsaun bene*, anche laddove possa in concreto produrre effetti negativi o non desiderabili.

Ne consegue che la libertà di manifestazione del pensiero non deve - si badi bene - leggersi in senso c.d. "funzionalista", secondo il quale la libertà in parola si configurerebbe come diritto strumentalmente preordinato al perseguimento dei valori democratici, funzionale, per l'appunto, all'individuo. Bensì deve, più propriamente, intendersi in senso c.d. "individualista", ossia quale diritto individuale, attribuito ad ogni uomo in quanto tale e a suo esclusivo vantaggio, indipendentemente dallo svolgimento della vita democratica dello Stato<sup>11</sup>.

Pertanto, l'unico limite (espresso) che l'art. 21 della Costituzione pone alla libertà di espressione si concreta nella tutela del "buon costume". Sicché, secondo la dottrina più diffusa, debbono ritenersi vietate tutte quelle manifestazioni lesive del buon costume, *id est* del pudore sessuale<sup>12</sup>. Ed appare evidente come, proprio poiché

<sup>9</sup> Illuminante sul punto la riflessione di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 11.

<sup>10</sup> Deve, per converso, *in toto* respingersi la diversa tesi, a mente della quale il primo ed il sesto comma della norma si riferirebbero alla libertà di manifestazione del pensiero, mentre i commi due, tre, quattro e cinque riguarderebbero l'attività di stampa periodica. Su quest'ultima si veda G. CUOMO, *Libertà di stampa ed impresa giornalistica*, Napoli, 1956, p. 192 ss.

<sup>11</sup> Cfr., molto chiaramente, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, *op.cit.*, p. 8 ss., secondo cui il diritto di cui all'art. 21 della Carta costituzionale deve essere inteso in senso non funzionalistico, bensì, individualistico, stante che «Quando si afferma che la nostra Costituzione garantisce il diritto di manifestazione del pensiero in senso individualistico si intende dunque dire che esso è garantito come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato, indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalle funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare: i vivi con i vivi ed i morti con i vivi e non per le utilità sociali delle unioni di pensiero». In senso adesivo anche L. PALADIN, *La libertà d'informazione*, Torino, 1979; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957

<sup>12</sup> Così R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, *op.cit.*, p. 572.

trattasi di nozione concernente la morale sessuale e come tale ontologicamente mutevole e assolutamente non cristallizzata nel tempo, il limite costituzionale dato dal richiamo al “buon costume” sia innegabilmente legato nonché influenzato dall’evoluzione del costume sociale<sup>13</sup>. Spetterà, dunque, all’avvedutezza dell’interprete, in sede di attività ermeneutica, la determinazione dei limiti e dell’ampiezza della clausola generale *de qua* che quest’ultimo verrà chiamato a riempire di significato normativo<sup>14</sup>.

Ne deriva che la Carta costituzionale, in tale guisa, contempla una disciplina maggiormente garantista, quanto alla previsione di possibili limitazioni da parte del legislatore ordinario, per la libertà di espressione rispetto ad altri (pur sempre rilevanti) diritti costituzionalmente tutelati, primo fra tutti, quello alla libertà personale *ex art. 13* della Costituzione, stante che la libertà di cui all’art. 21 della Costituzione concreta *ex se* una garanzia per tutti gli altri diritti costituzionali<sup>15</sup>.

In altri termini, se la libertà di manifestazione del pensiero ai sensi dell’art. 21, comma 6, può vedersi limitata esclusivamente in forza dello stringente vincolo del “buon costume”, la libertà personale ai sensi dell’art. 13, commi 2 e 3, per converso, tollera limitazioni di gran lunga più pervasive, purché rispettose, ovviamente, delle riserve di legge assoluta nonché di giurisdizione.

Le limitazioni tradizionalmente ammesse al diritto di manifestazione del pensiero non si esauriscono, però, nella previsione esplicitamente contemplata dalla Costituzione al comma 6 dell’art. 21. Possono, in effetti, darsi ulteriori limiti impliciti

---

Sulla nozione di “buon costume” si vedano, tra i molti, E. GRASSO, *Premessa*, in *Orientamenti giurisprudenziali in tema di buon costume*, Roma, 1972, p.109; M. MANETTI, *Il limite del buon costume*, in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 21*, Bologna, 2006, p. 222 ss.

<sup>13</sup> Buon costume che rappresenta una valvola generale spesso letta ed interpretata in combinato disposto con il concetto di dignità umana. Cfr. Corte cost., 27 luglio 1992, n. 368.

<sup>14</sup> Cfr., in argomento, V. CRISAFULLI, *In tema dei limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 244 e ss.; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA. VV., *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, p. 667 ss.

Peraltro, come correttamente rilevato da L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d’informazione: le problematiche attuali*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, p. 12, la determinazione del contenuto dell’art. 21, *rectius* della libertà d’espressione, non può essere effettuata una volta per tutte, bensì caso per caso, evitando aprioristici giudici *ex ante*. Lungo la stessa direzione A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988, p. 112.

<sup>15</sup> Così G. NICASTRO, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2015.

a detta libertà che devono, nondimeno, rinvenire il proprio fondamento in elementi testuali della Carta fondamentale diversi dalla norma in parola<sup>16</sup>.

Perciò, se da un lato la solenne proclamazione costituzionale di cui all'art. 21<sup>17</sup> parrebbe riconoscere - senza altro limite espresso che quello del buon costume - la libertà di espressione, garantendo al contempo addirittura la diffusione di affermazioni lesive dell'altrui onore e reputazione, dall'altro la realtà delle leggi ordinarie conosce molteplici limitazioni alla libertà *de qua* a tutela dell'altrui onore<sup>18</sup>. A venire particolarmente in rilievo ai nostri fini è la fattispecie della diffamazione a mezzo stampa, contemplata tanto dalla disciplina codicistica quanto dalla legislazione speciale in materia di stampa<sup>19</sup>.

Nello specifico il Codice penale, all'art. 595 c.p., comma 3, sanziona la diffamazione perpetrata attraverso la stampa ovvero qualsiasi altro mezzo di pubblicità o atto pubblico, con la pena alternativa della reclusione da sei mesi a tre anni oppure della multa non inferiore ad euro 516. Inoltre, ove l'offesa arrecata con il mezzo della stampa consista nell'attribuzione di un fatto determinato trova, altresì, applicazione la circostanza aggravante ad effetto speciale contemplata dall'art. 13 della Legge n. 47/1948<sup>20</sup>, il quale dispone l'applicazione della pena della reclusione da uno fino a sei anni nonché della multa non inferiore a lire 500.000<sup>21</sup>.

Appare, pertanto, evidente come, quasi a contrappeso di quella libertà di espressione che la nostra Carta costituzionale solennemente riconosce e garantisce, si pongano tutta una serie di presidi penali dettati dal diritto penale sostanziale - codicistico ovvero ricompreso nell'alveo della legislazione speciale - i quali

<sup>16</sup> *Ibidem*

<sup>17</sup> Il cui valore puramente programmatico è stato correttamente escluso, per il tramite di un'attenta e condivisibile argomentazione, da V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue dichiarazioni di principio*, 1952, p. 87 ss. A tale proposito, in giurisprudenza, Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1; 26 gennaio 1957, nn. 31 e 33, 8 luglio 1957, nn. 120 e 121.

<sup>18</sup> Cfr., in argomento, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, op.cit., p. 12; M. AINIS, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti della personalità*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale: terze Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale: Lipari, 1-2 ottobre 2004*, Milano, 2005, p. 29.

<sup>19</sup> Sull'annosa questione della configurabilità di un generale potere della legge di elevare a delitto manifestazioni del pensiero, molto chiaramente, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, op.cit., p. 16.

<sup>20</sup> Approvata dall'Assemblea Costituente, sulla base della XVII disposizione transitoria della Costituzione, a mente della quale: «L'Assemblea Costituente sarà convocata dal suo Presidente per deliberare, entro il 31 gennaio 1948, sulla legge per la elezione del Senato della Repubblica, sugli statuti regionali speciali e sulla legge per la stampa».

<sup>21</sup> Ossia Euro 256.

prevedono un trattamento differenziato e caratterizzato, da un lato dall'alternatività tra sanzione detentiva e pecuniaria, e da una forbice edittale maggiormente ridotta (il Codice penale) e, dall'altro, dalla cumulatività della pena detentiva con quella della multa, unita ad un innalzamento considerevole della sanzione detentiva (la c.d. Legge sulla stampa)<sup>22</sup>.

Così il nostro ordinamento viene a vietare categoricamente l'espressione di valutazioni negative sulle altre persone, nel rispetto del principio di pari dignità sociale dei cittadini solennemente proclamato dall'art. 3 della Carta, che concreta, pertanto, un ulteriore limite alla libertà di manifestazione del pensiero<sup>23</sup>.

### 3. Gli attori di un difficile bilanciamento.

La contemporanea presenza all'interno del nostro ordinamento giuridico di una garanzia costituzionale della libertà d'espressione e di sanzioni detentive di manifestazioni del pensiero diffamatorie tradisce una penetrante spaccatura tra due diversi approcci politici<sup>24</sup>. Da un lato la massima valorizzazione della libertà di espressione del pensiero e dall'altro l'esigenza di repressione e limitazione della libertà d'espressione stessa, specialmente attraverso il mezzo della stampa<sup>25</sup>.

Un siffatto paradosso ontologico - ancor prima che logico e giuridico - potrebbe rinvenire una qualche composizione esclusivamente per il tramite di un'attenta (e quantomai indispensabile) opera di ponderazione degli interessi in gioco, in primo

<sup>22</sup> M. PISAPIA - C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, n. 2/2020, p. 100 ss. Si veda, altresì, l'interessante analisi di G. VASALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Archivio Penale*, 1967, p. 31 ss.

<sup>23</sup> Sulla dignità sociale si rinvia alle interessanti opere di G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974; nonché di G. P. DOLSO, *Per una definizione del concetto di 'dignità'. Itinerari giurisprudenziali*, in *"Dignità, eguaglianza e Costituzione"*, Trieste, 2019, pp. 47-77.

<sup>24</sup> Per un'esauritiva ricognizione degli approcci che hanno caratterizzato la formulazione di tale disposizione G. BOGNETTI, *La problematica della libertà costituzionale di espressione. (Per una storia autentica dell'art. 21 e della evoluzione dei suoi significati e per una teoria consapevolmente "politica" di quella libertà)*, in *Rivista AIC*, p. 49.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

Per una corretta analisi della ponderazione degli interessi in ambito penale si rinvia a A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte Costituzionale: spunti per un'analisi metagiurisprudenziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009.

luogo a livello legislativo e in seconda battuta a livello giudiziale<sup>26</sup>. Detto più chiaramente, qualora due diritti soggettivi fondamentali, di pari dignità<sup>27</sup> costituzionale, entrano in conflitto tra loro<sup>28</sup>, così come effettivamente avviene per la libertà di manifestazione del pensiero e la costellazione dei beni della personalità – ed in particolare l'onore e la reputazione – non è possibile giungere ad un'aprioristica soppressione della libertà di espressione, bensì occorre bilanciare i due diritti in conflitto, procedendo ad un loro contemperamento<sup>29</sup>.

Anche in un'ottica di imprescindibile rispetto del precetto di leale collaborazione tra organi costituzionali, in primo luogo e in positivo, dovrebbe essere il legislatore ad operare un confronto (anche solo implicito) fra garanzia della libertà d'espressione e tutela della reputazione personale, cristallizzando in una legge (ordinaria) una soluzione coerente anche con gli *standard* internazionali<sup>30</sup>. Per converso, al Giudice costituzionale spetterebbe di intervenire, nell'esercizio del proprio controllo di costituzionalità, solamente, ed eventualmente, in un momento successivo,

<sup>26</sup> Peraltro, nella presente sede ci si soffermerà, per quanto afferisce al bilanciamento giudiziale, solamente a quello attuato dal giudice costituzionale, tuttavia, non deve dimenticarsi, altresì, l'indispensabile opera di ponderazione realizzata dai giudici comuni e, particolarmente, dalla giurisprudenza di legittimità. A tale proposito preme sottolineare come un bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero, *sub specie* del diritto di cronaca, e diritto alla reputazione e all'onore, sia stato operato dalla Corte di cassazione valorizzando i tradizionali criteri dell'interesse pubblico alla conoscenza della notizia, della verità di essa (ovvero, nel caso di erroneo convincimento del giornalista relativo alla verità della notizia, nell'assenza di colpa nel controllo delle fonti) e della cosiddetta continenza formale.

Cfr., tra le prime pronunce in argomento, Corte di cassazione, sezione prima civile, 18 ottobre 1984, n. 5259, non a caso etichettata come *decalogo dei giornalisti*; più di recente anche Corte di cassazione, sezione quinta penale, 12 settembre 2007, n. 34432. In tale ottica, per quanto attiene al rapporto tra giurisprudenza comune e quella costituzionale, si veda l'interessante opera di G. P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2018, p. 350 ss.

Si rinvia, inoltre, a F. AGNINO, *Diritto di critica e tutela dell'onore: nulla di nuovo sotto al sole*, in *Danno e responsabilità*, n. 2/2013, p. 162, per quanto attiene al contemperamento effettuato dalla Corte di cassazione tra esercizio del diritto di critica e tutela della reputazione; nonché Cassazione, terza sezione civile, 19 giugno 2012, n. 10031.

<sup>27</sup> Invero, proprio dal momento che la libertà d'espressione trova espressa consacrazione costituzionale, esclusivamente un diritto soggettivo dotato di pari rilevanza costituzionale potrebbe atteggiarsi quale limite alla prima. In tale senso v. Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19, nonché, in dottrina, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, *op.cit.*, p. 12 ss.

<sup>28</sup> «Il conflitto tra diritti fondamentali e il conseguente ricorso al bilanciamento sono in qualche misura inevitabili. Le ragioni di questa "ontologica confliggenza" sono molteplici (non ultima l'ampiezza delle disposizioni costituzionali alle quali sono riconducibili diritti fondamentali).», così, testualmente, G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e responsabilità*, n. 6/2003, p. 577 ss.

<sup>29</sup> Atteso che un siffatto conflitto trae la propria origine da un'antinomia cd. parziale-parziale, dunque, non risolvibile con gli attrezzi normalmente presenti nella cassetta del giurista ossia: il criterio della *lex superior derogat inferiori*, quello della *lex posterior derogat priori*, ovvero quello della *lex specialis derogat generali*. Sul punto, lucidamente A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, pp. 122-125.

<sup>30</sup> *Standard* internazionali che, indubbiamente, vincolano il Parlamento ai sensi dell'art. 117 Cost.

verificando il bilanciamento operato dal legislatore alla luce della cornice dei principi costituzionali<sup>31</sup>.

Senonché, la discrasia tra *sein* e *sollen* appare fortemente radicata all'interno del nostro ordinamento giuridico. Così, a fronte delle frequenti ipotesi di irrimediabile ed insuperabile stasi del legislatore ordinario - spesso incapace di risolvere i contrasti scaturenti tra quei principi multipli e sempre potenzialmente confliggenti, accolti in un'ottica di pluralismo dei valori dalla nostra Costituzione -, sordo ai moniti della società civile e a quelli dei giudici, non può che essere la Corte costituzionale stessa a supplire a tale inerzia, riconducendo (non senza dubbi e critiche) ad unità e coerenza il sistema<sup>32</sup>.

#### **4. Il presupposto della ponderazione tra libertà d'espressione e diritto all'onore: la dignità costituzionale del diritto alla reputazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale.**

La Corte costituzionale ha da sempre tentato di delineare un bilanciamento, il più possibile coerente, tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione personale.

---

<sup>31</sup> Sarebbe impossibile dar conto in maniera completa di tutto il dibattito dottrinale sviluppatosi sul punto. Senza pretese di esaustività, si devono, però, ricordare S. BARTOLE, *L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/1989, pp. 17-26; R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; 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. MORRONE, *il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa di problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, p. 260 ss.; A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Vol. II, Tomo II, Milano, 2008, pp. 185-204; L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna, 2013, *passim*; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale, Teoria e prassi nelle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014; M. BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, 2014, p. 225.

<sup>32</sup> In argomento non può non ricordarsi la nota pronuncia della Corte Costituzionale, 15 gennaio 2013, n. 1, a mente della quale «La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme». Peraltro, così facendo la Corte supera il (probabilmente datato) modello dogmatico che la vorrebbe essere un mero "legislatore negativo". Si tratta, come noto, di una nozione abilmente teorizzata da H. KELSEN, *La giustizia costituzionale (1928)*, a cura di C. GERACI, Milano, 1981.

In particolare, atteso che la libertà di manifestazione del pensiero presenta un'espressa rilevanza costituzionale e che, peraltro, esclusivamente una posizione giuridica soggettiva dotata di pari rango costituzionale potrebbe ergersi a limite dell'esercizio della prima, occorre verificare sulla base di quali dati testuali la Corte abbia identificato il fondamento dei limiti alla libertà di espressione, rappresentati dai diritti della personalità, *rectius* dal diritto all'onore e alla reputazione<sup>33</sup>.

Appare, pertanto, opportuno ricostruire brevemente l'orientamento cui, nel corso della sua risalente attività giurisprudenziale, il Giudice delle leggi è approdato. E tuttavia, man mano che ci si accinge a ricercare una risposta al quesito ci si accorge che lo stesso rimarrà (almeno parzialmente) inevaso.

Orbene, nella fondamentale sentenza n. 9 del 1965 la Corte ha avuto modo di precisare a proposito della libertà d'espressione che «le limitazioni sostanziali di questa libertà non possono essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali, si rinvercano essi esplicitamente enunciati nella Carta costituzionale o si possano, invece, trarre da questa mediante la rigorosa applicazione delle regole dell'interpretazione giuridica». Pertanto, i limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, da un lato possono essere posti esclusivamente dal legislatore - stante la sussistenza di un'invalidabile riserva di legge assoluta<sup>34</sup> - e, dall'altro, devono essere funzionalmente diretti a tutelare altri beni costituzionalmente rilevanti.

Nella stessa prospettiva - tra le tante - si può citare con precipuo riguardo al tema che qui interessa, ossia quello dei rapporti tra l'art. 21 e la tutela costituzionale della personalità, l'illuminante sentenza n. 86 del 1974<sup>35</sup> con cui la Corte ha definito l'onore quale evidente limite alla libertà di manifestazione del pensiero, senza, tuttavia, indicarne un preciso fondamento costituzionale: ossia un'esplicita disposizione costituzionale quale fonte del bene primario dell'onore.

---

<sup>33</sup> Segnatamente, in ossequio alla concezione individualistica e personalistica dell'art. 21 della Costituzione, le limitazioni alla libertà di espressione richiedono di trovare il proprio fondamento nella necessità di garantire altri beni parimenti protetti dalla nostra Carta costituzionale.

<sup>34</sup> In tale senso si vedano, *inter alia*, Corte cost., 23 marzo 1968, n. 11; 5 luglio 1973, n. 112; 30 gennaio 1974, n. 20; 10 febbraio 1981, n. 18; 8 giugno 1981, n. 100.

<sup>35</sup> La Corte solennemente proclama «La previsione costituzionale del diritto di manifestare il proprio pensiero non integra una tutela incondizionata e illimitata della libertà di manifestazione del pensiero, giacché, anzi, a questa sono posti limiti derivanti dalla tutela del buon costume o dall'esistenza di beni o interessi diversi che siano parimenti garantiti o protetti dalla Costituzione» e ancora «tra codesti beni ed interessi, ed in particolare tra quelli inviolabili, in quanto essenzialmente connessi con la persona umana, è l'onore (comprensivo del decoro e della reputazione)».

Nello specifico la Corte ha icasticamente declinato l'onore quale limite al diritto di manifestare il proprio pensiero - in quanto bene ovvero interesse inviolabile protetto e garantito dalla Costituzione - proprio in ragione della sua natura intimamente ed essenzialmente connessa con la persona umana<sup>36</sup>. Purtuttavia la Corte costituzionale, con un atteggiamento, per vero, un po' sfuggente ed elusivo, non si è pronunciata mai sull'individuazione della testuale disposizione costituzionale nella quale la stessa ravviserebbe il fondamento ultimo della tutela della reputazione. Né, tantomeno, detto fondamento è stato enucleato dalla successiva giurisprudenza della Corte, la quale, anche nella sentenza n. 1150 del 1988, si è meramente limitata ad annoverare l'onore tra i «*diritti inviolabili dell'uomo*» senza alcuna ulteriore specificazione.

Peraltro, in base ad un approccio metodologico che pare fuor di dubbio meritevole di condivisione, è stato evidenziato come, a ben vedere, sia proprio l'essenziale connessione individuata dai Giudici costituzionali tra la tutela dell'onore e la persona umana a delineare (implicitamente) i capisaldi costituzionali del diritto all'onore<sup>37</sup>. Si tratterebbe, invero, dell'art. 3, comma 1, della Costituzione nella parte in cui sancisce la pari dignità sociale di tutti i cittadini, oltre che della clausola generale ed aperta di cui all'art. 2 della stessa per ciò che attiene al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo<sup>38</sup>. Ad ogni modo, benché la rilevanza costituzionale dei beni della personalità sia ricavata dalla Corte in maniera più indiretta, dalla «*penombra*» delle

---

<sup>36</sup> Ed è proprio l'intima connessione della tutela dell'onore con la persona umana ad escludere la tutelabilità del primo in capo agli enti collettivi. Così Corte costituzionale, 23 marzo 1983, n. 73.

<sup>37</sup> Cfr., a tale proposito, G. NICASTRO, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, op.cit.; G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, op.cit.

<sup>38</sup> Occorre, tuttavia, rilevare come tali disposizioni costituzionali, prevedendo delle clausole generali che consentono di accordare tutela a diritti costituzionali non *expressis verbis* previsti, nel contempo fanno sì che la portata ed il contenuto degli stessi, anche in un'ottica di tutela e correlativa limitazione dei diritti con essi confliggenti, si impongano come irrimediabilmente ed inevitabilmente indeterminati.

In relazione all'art. 3 della Costituzione si vedano le interessanti opere di C. ESPOSITO, *L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1958, 603; B. CARAVITA, *Art. 3*, in *Commentario breve alla Costituzione*, V. CRISAFULLI - L. PALADIN (a cura di), 1990, 23 ss.; E. LAMARQUE, *Commento all'art. 3 della Costituzione*, in G. AMOROSO - V. DI CERBO - A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro*, Milano, 2004, pp. 14-41; A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, Torino, 2006, 56.

Sul concetto di clausola generale, *ex multis*, F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 296; V. VELUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 88., secondo cui «la clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti».

norme costituzionali<sup>39</sup>, un dato non può essere, comunque, sottaciuto: la reputazione e l'onore costituiscono due diritti soggettivi di innegabile dignità costituzionale, quale che sia il loro specifico fondamento, e come tali titolati a determinare e giustificare limiti legittimi alla libertà di manifestazione del pensiero. Questa affermazione, conforme tanto allo spirito quanto alla lettera della nostra Costituzione, ci consegna un corollario giuridico consistente nella presa d'atto della necessità di un bilanciamento tra due istanze che, sulla scorta di una reminiscenza di hohfeldiana memoria, potremmo definire diverse e profondamente antitetiché<sup>40</sup>.

## **5. Le violazioni "italiane" dell'art. 10 CEDU alla luce degli arresti dei Giudici di Strasburgo.**

Se per il Giudice costituzionale italiano l'individuazione del fondamento della tutela dell'onore quale limite alla libertà di manifestazione del pensiero - in assenza di espresse disposizioni costituzionali in tal senso - rappresenta un compito altamente complesso, certamente più agevole sembra configurarsi quello che si trova ad affrontare la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>41</sup>.

È già la stessa Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>42</sup>, in effetti, ad operare un primo bilanciamento, enucleando, all'art. 10, paragrafo 2, una serie consistente di limitazioni alla libertà d'espressione sancita al paragrafo 1<sup>43</sup>. Per quanto ai nostri fini interessa, preme

<sup>39</sup> Si tratta della felice espressione impiegata da G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, op.cit., p. 577 ss., mutuandola dall'immagine suggerita dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, secondo la quale, il diritto alla *privacy*, benché non esplicitamente riconosciuto dal *Bill of Rights*, poteva essere intravisto, implicitamente, nella penombra di varie disposizioni menzionate dallo stesso. Cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti sentenza *Roe v. Wade* (1973).

<sup>40</sup> Cfr., a tale riguardo, W. N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969, per quanto attiene alla sua classica tavola dei concetti giuridici fondamentali delineante, sulla scorta della tesi della correlazione fra diritti e doveri, situazioni giuridiche favorevoli di un individuo correlative a situazioni giuridiche sfavorevoli di un altro.

<sup>41</sup> A tale riguardo si veda l'interessante contributo di G. E. VIGEVANI, *Libertà di espressione, onore e controllo del potere. Sviluppi del diritto di critica politica, tra giudice nazionale ed europeo*, in *Federalismi.it*, n. 3/2015.

<sup>42</sup> Di seguito solamente "CEDU" ovvero "Convenzione". Sull'inquadramento giuridico della quale si rinvia alla lucida analisi di E. LAMARQUE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento nazionale: rango, efficacia e compiti del giudice comune*, *Intervento presentato a: Giudici nazionali e Corti europee*, Scandicci, 2016.

<sup>43</sup> In relazione all'art. 10 CEDU si vedano, *ex plurimis*, S. BARTOLE - P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 397-420; A. CARDONE, *L'incidenza della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 c.e.d.u. nell'ordinamento costituzionale italiano*, in

sottolineare che, nella cornice delle limitazioni in parola, la CEDU ricomprende espressamente la protezione della reputazione altrui, sulla base della quale tale fonte di diritto internazionale pattizio - indubbiamente vincolante per il legislatore italiano - ammette la liceità della sottoposizione della libertà d'espressione a restrizioni e sanzioni<sup>44</sup>.

Una siffatta previsione sembrerebbe legittimare - conformemente a quanto sostenuto da coloro che contestano la tesi di una libertà di manifestazione del pensiero tendenzialmente illimitata - la liceità di trattamenti sanzionatori, finanche detentivi, conseguenti ad un improprio esercizio della libertà d'espressione nella misura in cui gli stessi ledano la reputazione altrui.

Eppure, occorre non farsi cogliere da facili entusiasmi, stante che la Convenzione vincola sì il nostro ordinamento, ma esclusivamente sulla base di quel significato attribuitole - nell'espletamento della propria eminente attività ermeneutica - dalla Corte Edu, titolare di un monopolio interpretativo sulla Convenzione<sup>45</sup>. Sicché, indispensabile risulta, in definitiva, l'esame del modo in cui i Giudici di Strasburgo

*Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2012, p. 1 ss.; M. REMUS - M. DE SALVIA, *Ricorrere a Strasburgo. Presupposti, procedura e giurisprudenza*, Milano, 2016, pp. 262-278.

<sup>44</sup> Su tale versante occorre sottolineare che la reputazione costituisce, altresì, una componente essenziale del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 della CEDU. Cfr. Corte Edu, 6 novembre 2018, *Vincent dal Campo contro Spagna*.

<sup>45</sup> In tale senso Corte costituzionale sentenze 24 ottobre 2007, n. 348 e 349 (c.d. sentenze "gemelle"), così come successivamente ribadito nella sentenza 27 febbraio 2008, n. 39. Sul punto si veda, in dottrina, R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *ConsultaOnline*, 3/2018, p. 618 ss.

Peraltro, non deve dimenticarsi che il vincolo interpretativo discendente dalle pronunce della Corte EDU nei riguardi dei giudici nazionali, sulla scorta delle indicazioni fornite dallo stesso Giudice delle leggi, vale unicamente in presenza di indirizzi "consolidati" della Corte di Strasburgo. Così Corte cost., sent. 49 del 2015, la quale ha precisato che nell'ipotesi in cui il giudice *a quo* abbia motivo di «interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della Cedu, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale», soggiungendo altresì che invece «nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di "ogni strumento ermeneutico a sua disposizione", ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011). Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea, dalla quale questa Corte ha infatti ripetutamente affermato di non poter "prescindere" (...), salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione (ex plurimis, sentenza n. 264 del 2012), di stretta competenza di questa Corte». Sul punto, molto lucidamente, V. SCIARABBA, *La Corte Edu tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Questione Giustizia*, 2019.

declinano l'art. 10 CEDU e le conseguenti limitazioni contemplate dal paragrafo 2 dello stesso articolo<sup>46</sup>.

Sotto tale profilo, la Corte Edu, complice la (colpevole) stasi del nostro legislatore, ha emesso due pronunce di condanna, subito balzate agli onori della cronaca, nei confronti dell'Italia per violazione dell'art. 10 CEDU<sup>47</sup>.

Un primo energico monito è giunto con la sentenza *Belpietro contro Italia* risalente al 24 settembre 2013<sup>48</sup>. Con tale arresto i Giudici di Strasburgo, nel caso di un ricorrente di professione giornalista che era stato condannato, benché con pena sospesa, a quattro mesi di detenzione oltre che al risarcimento del danno, hanno avuto modo di precisare come il *quantum* e la *species* della sanzione irrogata al giornalista risultassero del tutto sproporzionati rispetto al legittimo fine perseguito. Detto altrimenti, a parere della Corte, è la stessa previsione in astratto di una pena detentiva, per sua propria natura, a recare un evidente *vulnus* all'art. 10 CEDU. Difatti una siffatta sanzione determina, *in re ipsa*, un ineluttabile effetto dissuasivo nei confronti dei giornalisti, ovverosia un c.d. *chillingeffect*<sup>49</sup>. Ne consegue che l'irrogazione di una pena detentiva (ancorché sospesa) può ritenersi compatibile con

<sup>46</sup> Cfr. S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op.cit.

<sup>47</sup> Che salgono a tre qualora si prenda in considerazione, altresì la sentenza 8 ottobre 2013, *Ricci c. Italia*, la quale benché non trattasse esplicitamente di diffamazione, ha censurato l'Italia atteso che «la Corte ritiene che una pena detentiva inflitta per un reato commesso nel campo della stampa sia compatibile con la libertà di espressione giornalistica, garantita dall'articolo 10 della Convenzione, soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente quando siano stati gravemente lesi altri diritti fondamentali, come nell'ipotesi ad esempio, della diffusione di un discorso di odio o di istigazione alla violenza».

Sul punto si rinvia all'interessante analisi di S. ROSSETTI, *La corte Edu sul bilanciamento tra riservatezza delle comunicazioni e libertà di espressione del giornalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

Sugli effetti delle pronunce della Corte Edu cfr. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Il corriere giuridico*, 2010, pp. 955-965.

<sup>48</sup> Cfr., in argomento, C. MELZI D'ERIL, *La Corte Europea condanna l'Italia per sanzione e risarcimento eccessivi in un caso di diffamazione. Dalla sentenza qualche indicazione per la magistratura, il legislatore e le parti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012; A. GIUDICI, *Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013; C. CONTI, *Osservatorio corte europea dei diritti dell'uomo – diritto di cronaca e reato di diffamazione*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 121 ss.; F. VIGANÒ, *Belpietro c. Italia: una pronuncia della Corte di Strasburgo in tema di (s)proporzione della sanzione detentiva inflitta ad un giornalista*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, p. 177 ss.; M. CUNIBERTI, *Pene detentive per la diffamazione, responsabilità del direttore e insindacabilità delle opinioni del parlamentare: il "caso Belpietro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2014.

<sup>49</sup> Effetto che si verifica, altresì, in presenza di misure accessorie quali l'interdizione dall'esercizio della professione ovvero di pene pecuniarie di rilevante entità. Così M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, op.cit., p. 124. In questo senso si veda Corte Edu, 19 aprile 2011, *Kasabova contro Bulgaria*; 22 novembre 2011, *Koprivica contro Montenegro*; 19 aprile 2011, *Bozhkov contro Bulgaria*.

la libertà di espressione riconosciuta in capo ai giornalisti ai sensi dell'art. 10 CEDU, esclusivamente in ipotesi eccezionali, quando si assumano lesi ulteriori diritti primari, così come avviene in situazioni di istigazione alla violenza ovvero di discorsi di odio (c.d. *hatespeech*), riconducibili sicuramente alle forme di discriminazione vietate dall'articolo 14 CEDU<sup>50</sup>.

Il secondo avvertimento - rimasto tanto inevaso quanto il primo - è giunto a sei anni di distanza dal precedente, con la nota pronuncia *Sallusti contro Italia* del 7 marzo 2019<sup>51</sup>. Tale sentenza ha fornito alla Corte di Strasburgo l'occasione per confermare, se mai ce ne fosse stato bisogno, il proprio consolidato orientamento a mente del quale l'inflizione di una pena detentiva ad un giornalista colpevole di diffamazione concreta una manifesta ed aperta violazione dell'art. 10 CEDU<sup>52</sup>. Inoltre la Corte europea, precisando che la pena detentiva può considerarsi compatibile con

<sup>50</sup> Nonché all'art. 17 CEDU sull'abuso del diritto.

Sull'art. 14 CEDU si veda G. P. DOLSO - F. SPITALERI, *Commento all'art. 14 della CEDU*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 519-555; nonché G. P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013. Si veda ancora, in merito ai possibili profili di discriminazione dell'*hatespeech*, Corte Edu, sentenza 4 dicembre 2003 *Gunduz c. Turchia*, secondo cui «la tolleranza e il rispetto per la uguale dignità di tutti gli esseri umani costituisce il fondamento di una società democratica e pluralista. In considerazione di ciò, può essere necessario come questione di principio in determinate società democratiche sanzionare o anche precludere ogni forma di espressione che diffonda, istighi, promuova o giustifichi il livore basato sull'intolleranza (inclusa quella religiosa)». Sulle situazioni eccezionali delineate dalla Corte EDU si rinvia a S. BERSANO BEGEY, *La diffamazione a mezzo stampa: le più recenti posizioni della Corte di Cassazione e della CEDU. I progetti di depenalizzazione*, in *Questione giustizia*, 2016; A.GULLO, *La Tela di Penelope. La riforma della diffamazione nel Testo unificato approvato dalla Camera il 24 giugno 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1/2016.

<sup>51</sup> Cfr., a tale riguardo, V. PACILEO, *Contro la decriminalizzazione della diffamazione a mezzo stampa. Note a margine del "caso Sallusti"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013; L. BONESCHI, "Hard Cases Make Bad Law". Note a margine del caso Sallusti, in *Diritto dell'Informatica e dell'Informazione*, 2013; S. TURCHETTI, *Diffamazione, pena detentiva, caso Sallusti: ancora una condanna all'Italia da parte della Corte Edu*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019; M. BERNARDINI, *Ancora sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione. Il caso Sallusti al vaglio della Corte EDU*, in *Diritti Comparati*, 2019, 1 ss.; S. LONATI, *Diffamazione a mezzo stampa e applicazione della pena detentiva: ancora qualche riflessione a margine del c.d. caso Sallusti in (perenne) attesa di un intervento del legislatore*, in *Medialaws - Rivista di diritto dei media*, n. 1/2020;

<sup>52</sup> Benché nel caso di specie la pena detentiva fosse stata commutata in pena pecuniaria con provvedimento di grazia concesso dall'allora presidente della repubblica Giorgio Napolitano. Si consideri, altresì, che la Corte Edu ha recentemente condannato l'Italia in un caso in cui il giornalista era stato condannato alla sola pena pecuniaria per il reato di diffamazione a mezzo stampa. Sul punto Corte Edu, 16 gennaio 2020, *Magosso e Brindani contro Italia*, con nota di A. TARALLO, *L'esimente del diritto di cronaca nella prospettiva della Cedu: nota alla sentenza Magosso-Brindani contro Italia*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020. Per un'attenta ricostruzione delle condanne sovranazionali D. BUTTURINI, *La problematica della pena detentiva come limitazione del diritto di informazione tra Costituzione e CEDU. Spunti di riflessione a partire da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2019 dal Tribunale penale di Salerno*, in *Media Laws*, n. 3/2019.

la libertà di manifestazione del pensiero esclusivamente in circostanze eccezionali<sup>53</sup>, ha fatto ancora una volta riferimento ai discorsi di odio ovvero di incitamento alla violenza, escludendo, pertanto, espressamente i casi di diffamazione non connotati dalle suddette caratteristiche.

In definitiva, e volendo trarre le fila del discorso, appare evidente come il consolidato orientamento avallato della Corte Edu accordi, in un'ottica di bilanciamento, una netta prevalenza alla libertà di manifestazione del pensiero, considerata alla stregua di un diritto che non può conoscere eclissi, se non in ipotesi, assolutamente residuali ed eccezionali, in cui quest'ultima può cedere esclusivamente dinanzi alla preminente tutela di altri diritti fondamentali che rischierebbero di essere seriamente compromessi. Diritti tra i quali, tuttavia, si badi bene, non vengono fatti rientrare quello all'onore ovvero alla reputazione che sono considerati, per converso, recessivi e, dunque, non tali da giustificare la previsione di sanzioni detentive a presidio degli stessi.

## **6. Il necessario intervento della Corte costituzionale: l'ordinanza n. 132 del 2020.**

Le ricordate condanne sovranazionali, cui si è aggiunta l'(inescusabile) inerzia del nostro legislatore, hanno messo inevitabilmente in luce l'inadeguatezza dell'ordinamento giuridico italiano, in cui convivono e coesistono due istanze intimamente contraddittorie<sup>54</sup>: da un lato uno spirito di libertà (d'espressione) tendenzialmente assoluto e dall'altro limiti non certo inconsistenti alla stessa libertà<sup>55</sup>. Peraltro se l'opera di composizione, in chiave "ponderativa", dei summenzionati interessi antitetici sarebbe dovuta spettare in prima istanza al legislatore, ossia al primo interprete della Costituzione - l'unico organo in grado di effettuare un bilanciamento teso a realizzare un compromesso tra maggioranza e minoranza - la

---

<sup>53</sup> Laddove altri diritti fondamentali siano stati gravemente lesi. A tale riguardo si veda A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazioni di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2008.

<sup>54</sup> Per mutuare un'espressione impiegata da C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, op.cit., p. 17.

<sup>55</sup> Così C. LUCERI - F. RIBEZZO, *La libertà di espressione: aspetti problematici nell'era di internet*, in *www.iusinitinere.it*, 2020.

realtà ci ha invece consegnato, per vero prevedibilmente, un intervento della Corte costituzionale.

Si è così giunti all'emanazione da parte della Corte dell'ordinanza n. 132 del 2020.

### **6.1. I giudizi a quibus.**

L'ordinanza che ci occupa rinviene la propria genesi in due provvedimenti di rimessione di analogo tenore, ancorché non completamente collimanti<sup>56</sup>, con cui i giudici di merito hanno lamentano l'illegittimità costituzionale degli artt. 595 del Codice penale e 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, nella parte in cui dispongono la pena della reclusione, alternativa ovvero cumulativa alla multa, a carico di chi sia ritenuto autore del delitto di diffamazione a mezzo stampa.

Più in particolare, il Tribunale di Salerno, per il tramite dell'ordinanza n. 140 del 9 aprile 2019, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 nonché 595, comma 3, del Codice penale<sup>57</sup> nella parte in cui sanzionano il delitto di diffamazione commessa a mezzo stampa, il primo con la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 256 euro, ed il secondo con la pena alternativa della reclusione da sei mesi a tre anni ovvero della multa non inferiore a 516 euro. A parere del giudicante le disposizioni censurate violerebbero gli artt. 3 e 21 della Costituzione - atteso che la previsione di una pena detentiva pare sproporzionata rispetto alla libertà di espressione *ex art.* 21 della Costituzione, anche *sub specie* del diritto di cronaca giornalistica -, gli artt. 25 e 27 della Costituzione - stante che, contemplando un trattamento sanzionatorio sproporzionato ed irragionevole lederebbero tanto il principio di necessaria offensività quanto quello della funzione imprescindibilmente rieducativa della pena<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Diversamente da quanto sostenuto da alcuni, fra tutti, N. PURIFICATI, *Diffamazione a mezzo stampa: le pene detentive non sono compatibili con la Costituzione. La Corte costituzionale sollecita il Parlamento a intervenire entro un anno*, in [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com), 2020, il quale ritiene come tanto l'ordinanza del Tribunale di Salerno quanto quella del Tribunale di Bari lamentino l'illegittimità costituzionale del combinato disposto di cui agli artt. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 e 595, comma 3, c.p., nella parte in cui sanzionano il reato di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e con l'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa - anziché alternativa - della reclusione e della multa.

<sup>57</sup> Questione di legittimità costituzionale estesa *ex officio* dal Tribunale di Salerno anche all'art. 595, comma 3, del Codice penale.

<sup>58</sup> Per quanto attiene al principio di offensività, la pena detentiva non sarebbe assolutamente necessaria rispetto al bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici in questione, ossia il rispetto della reputazione personale. Per

-, nonché l'art. 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 10 CEDU sì come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Edu<sup>59</sup>.

Di avviso parzialmente diverso è stato l'altro rimettente<sup>60</sup>. Il Tribunale di Bari, difatti, con ordinanza n. 149 del 16 aprile 2019, ha sollevato questione di legittimità costituzionale del solo art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47<sup>61</sup> nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 256 euro, invece che in via alternativa, per violazione degli articoli 117, comma 1, della Costituzione (sempre in riferimento all'art. 10 CEDU sì come interpretato alla luce della *ratio decidendi* delle pronunce dei Giudici di Strasburgo)<sup>62</sup>.

Preme soffermarsi sul distinto impianto logico ed argomentativo sotteso alle parti motive dei due atti di promovimento.

A tale proposito, se per il primo giudice *a quo* a violare i dettami costituzionali sarebbe non solo la sanzione della diffamazione a mezzo stampa, ai sensi dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, per il tramite di una pena detentiva congiunta a quella pecuniaria, ma, altresì l'alternatività tra pena pecuniaria e detentiva, di cui all'art. 595, comma 3, del Codice penale, sicché il *vulnus* alla libertà di manifestazione del pensiero si concreterebbe nella stessa previsione astratta di una pena detentiva (ossia nella comminazione legislativa della stessa), per il secondo sarebbe, piuttosto, la previsione di una sanzione detentiva congiunta, e non alternativa, a quella

quanto riguarda, invece, il principio di rieducatività della pena, sussisterebbe l'inidoneità della sanzione detentiva a garantire il rispetto della funzione generalpreventiva e specialpreventiva della pena stessa.

<sup>59</sup> Non sarebbe, inoltre, possibile, ad avviso di tale giudicante, seguire l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che aveva ritenuto la disciplina della diffamazione a mezzo stampa conforme all'art. 10 CEDU sul rilievo dell'eccezionalità delle circostanze in cui i giudici di merito avevano irrogato la pena detentiva, atteso che le valutazioni della Corte di cassazione stessa sono state disattese dalla Corte Edu nelle già citate pronunce Sallusti e Belpietro.

<sup>60</sup> Così come rettammente sottolineato da M. PISAPIA - C. CHERCHI, *Detenzione e libertà di espressione. Riflessioni sul trattamento sanzionatorio del reato di diffamazione a mezzo stampa in occasione della pronuncia della Corte Costituzionale*, op.cit., 2020.

<sup>61</sup> Ancorché in combinato disposto con l'art. 595, comma 3, del Codice penale.

<sup>62</sup> Peraltro l'influenza sovranazionale, in merito alla questione in esame, non si esaurisce nelle pronunce della Corte europea, potendosi altresì citare numerosi documenti degli organi politici del Consiglio d'Europa che raccomandano agli stati membri di rinunciare alle sanzioni detentive per il delitto di diffamazione allo scopo di tutelare più efficacemente la libertà d'espressione dei giornalisti: *ex multis*, *Dichiarazione sulla libertà dei dibattiti politici nei media* adottata dal Comitato dei ministri il 12 febbraio 2004, la *risoluzione 4 ottobre 2007*, n. 1577 dell'Assemblea del Consiglio d'Europa, la *risoluzione 24 gennaio 2013*, n. 1920, sullo stato della libertà dei media in Europa del Consiglio d'Europa, il *parere della Commissione di Venezia n. 715 del 6-7 dicembre 2013*.

pecuniaria a determinare la lesione delle disposizioni costituzionali sopra richiamate. Di talché a parere del Tribunale barese, il rischio di una, altrimenti inevitabile, illegittimità costituzionale potrebbe, a ben riflettere, essere scongiurato laddove la Corte emettesse una pronuncia manipolativa dell'aggravante di cui all'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, diretta a rendere la sanzione detentiva alternativa rispetto a quella pecuniaria<sup>63</sup>. Si permetterebbe, in tale guisa, al giudice comune di optare per la pena pecuniaria, ricorrendo a quella detentiva esclusivamente nelle ipotesi eccezionali di cui alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>64</sup>.

Soluzione, quest'ultima, che nell'interpretazione fornita dal primo remittente si configurerebbe ciononostante come costituzionalmente illegittima, dal momento che l'incostituzionalità lamentata risiederebbe anche nella mera alternatività della pena detentiva<sup>65</sup>.

Questi argomenti, se pure non totalmente coincidenti, hanno nondimeno sollevato questioni analoghe: l'incostituzionalità della pena della reclusione per il delitto di diffamazione commessa a mezzo della stampa, in quanto lesiva, *inter alios*, dell'art. 117, comma 1, della Costituzione in relazione all'art. 10 CEDU nell'interpretazione fornite dalla costante giurisprudenza del Giudice sovranazionale<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Atteso che una simile pronuncia «consentirebbe al giudice di verificare in concreto la sussistenza delle circostanze eccezionali in cui la gravità della condotta e dell'offesa che ne deriva giustifica l'irrogazione di una pena detentiva, lasciando così un adeguato spazio discrezionale utile per conformare la decisione giurisdizionale nazionale ai principi dell'ordinamento CEDU in materia». Cfr. ordinanza iscritta al n. 149 del r.o. 2019 del Tribunale di Bari.

A proposito delle pronunce manipolative si vedano, tra gli altri, G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. CRISAFULLI*, Padova, 1985; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, p. 94 ss.; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, op.cit., p. 497 ss.; E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018.

Si vedano, altresì, E. LAMARQUE, *Il seguito delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni*, in AA. VV. (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 87-105; nonché P. GIANGASPERO, *Il principio di legalità e il seguito amministrativo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Trieste, 2003, 73 ss., sulla *vexata quaestio* della configurabilità delle sentenze di accoglimento quali veri e propri atti di produzione normativa equiparabili alla legge.

<sup>64</sup> M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, cit., p. 130.

<sup>65</sup> Cfr., a tale riguardo, S. TURCHETTI, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014; A. GULLO, *Diffamazione e pena detentiva. Riflessioni su Cass. Pen., Sez. V, 11.12.2013 (13 marzo 2014), n. 12203*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

<sup>66</sup> Si vedano, *inter alia*, la sentenza della Grande camera 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, la sentenza 6 dicembre 2007 *Katrami contro Grecia*, la sentenza 17 luglio 2008 *Rioli contro Italia* nonché la sentenza 27 giugno 2017 *GhiulferPredescu contro Romania*.

Proprio per tale ragione la Corte costituzionale ha correttamente disposto la riunione delle due ordinanze di rimessione ai fini di un'unica decisione<sup>67</sup>.

## 6.2. Profili sostanziali: unbilanciamento da ripensare.

A seguito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Salerno e di Bari, la Corte Costituzionale si è pronunciata con ordinanza depositata in data 26 giugno 2020<sup>68</sup>. I Giudici di Palazzo della Consulta hanno posto l'accento sull'improcrastinabile esigenza di ripensare l'ormai anacronistico bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione personale, sì come risultante dalla normativa censurata. In tale prospettiva la Corte ha icasticamente affermato che «il punto di equilibrio tra la libertà di “informare” e di “formare” la pubblica opinione svolto dalla stampa e dai media, da un lato, e la tutela della reputazione individuale, dall'altro, non può essere pensato come fisso e immutabile, essendo soggetto a necessari assestamenti, tanto più alla luce della rapida evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni».

In effetti, a parere del Giudice delle leggi la ponderazione legislativa - cristallizzatasi negli artt. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, nonché 595, comma 3, del Codice penale - è divenuta ormai inadeguata, anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte Edu, costituente (ormai sempre più) un imprescindibile elemento di raffronto<sup>69</sup>. Il nuovo bilanciamento dovrebbe, pertanto, «coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica (...) con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti; vittime che sono oggi esposte, dal canto loro, a rischi ancora maggiori che nel passato»<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Cfr., *ex multis*, E. BINDI, *La riunione delle cause nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, Siena, 2003.

<sup>68</sup> La relativa udienza si è tenuta in data 9 giugno 2020.

<sup>69</sup> Giurisprudenza che «al di fuori di ipotesi eccezionali considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive, ancorché sospese o in concreto non eseguite, nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la reputazione altrui.».

<sup>70</sup> Così, testualmente, il comunicato stampa della Corte costituzionale del 26 giugno 2020.

Sull'impiego dei comunicati stampa da parte del giudice delle leggi si vedano L. CARLASSARE, M. C. GRISOLIA, V. ONIDA, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Il Forum - I comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2020, p. 358 ss.

Tuttavia, una simile e così delicata rimodulazione del bilanciamento sotteso alle disposizioni scrutinate, come la stessa Corte ha avuto modo di precisare, «spetta in primo luogo al legislatore», il quale, d'altronde, è «meglio in grado di disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco». Un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco che dovrebbe contemplare non solo il mero ricorso a sanzioni penali non detentive nonché a rimedi civilistici e in generale riparatori adeguati ma, altresì, a efficaci misure disciplinari. In effetti risponde allo stesso interesse degli ordini giornalistici pretendere (da parte dei propri membri) il rigoroso rispetto degli *standard* etici che ne garantiscono l'autorevolezza.

Il compito naturale della Corte rimane, per converso, quello di «verificare *ex post*, su sollecitazione dei giudici comuni, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione», compito che, tuttavia, «sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisorii.».

È, peraltro, proprio questa l'intima (e condivisibile) ragione che ha portato la Corte costituzionale, pur prefigurando taluni profili di illegittimità costituzionale, a rinviare la decisione in merito alle questioni sottoposte ad una successiva udienza, fissata in data 22 giugno 2021<sup>71</sup> - a circa un anno di distanza -, al fine di consentire un intervento del nostro Parlamento, stante, altresì, l'attuale pendenza di vari progetti di legge in materia<sup>72</sup>. Ci si riferisce, nello specifico, al d.d.l. Verini, presentato alla Camera dei deputati in data 27 marzo 2018 nonché al d.d.l. Caliendo, presentato al Senato della repubblica in data 20 settembre 2018. In particolare, tanto la proposta di legge Verini quanto quella Caliendo prevedono, novellando l'art. 13 della legge n. 47 del 1948, la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria sia nell'ipotesi di diffamazione semplice che di quella aggravata, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Immediatamente individuata dal Collegio.

<sup>72</sup> Cfr., a tale proposito, G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, p. 201 ss.

<sup>73</sup> Più precisamente il d.d.l. Caliendo prevede, altresì, la modifica dell'art. 595 del Codice penale, sostituendo la pena della multa con quella della reclusione, laddove, per converso, il d.d.l. Verini non dispone la modifica espressa del Codice penale *in parte qua*. Tuttavia, la proposta di legge Verini, nel novellare l'art. 13 della legge n. 47 del 1948, dispone la previsione di una pena pecuniaria anche per l'ipotesi di diffamazione a mezzo stampa non consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, determinando, così, l'abrogazione tacita dell'art. 595, comma 3, del Codice penale e producendo un effetto in sostanza analogo al d.d.l. Caliendo.

Si tratta, pertanto, di proposte di modifica della normativa censurata che, qualora dovessero essere approvate dai due rami del Parlamento, trovando ingresso nel nostro ordinamento, sarebbero indiscutibilmente in grado di superare quei dubbi di costituzionalità sollevati dai rimettenti, che il Giudice delle leggi è sembrato condividere nell'ordinanza n. 132 del 2020.

Difatti, l'espunzione *tout court* della pena detentiva tanto dal Codice penale quanto dalla legge sulla stampa, rappresenterebbe una scelta discrezionale del legislatore che risolverebbe (a monte) il problema della limitazione della sanzione detentiva stessa esclusivamente alle ipotesi eccezionali concernenti i discorsi di odio ovvero di incitamento alla violenza, individuate dalla giurisprudenza di Strasburgo<sup>74</sup>.

### **6.3. Profili processuali: ritorna lo schema "Cappato".**

Appare evidente come la soluzione prospettata dalla Corte con l'ordinanza n. 132 del 2020 richiami inevitabilmente - non foss'altro che per i rinvii operati dalla stessa Corte nella parte motiva - il noto caso "Cappato"<sup>75</sup>. Non è questa la sede per soffermarsi su tale vicenda (segnatamente sull'ordinanza n. 207 del 2018) atteso che la natura, *ratio*, opportunità nonché ammissibilità e condivisibilità di una siffatta tecnica decisoria, costituiscono questioni, già ampiamente trattate dalla dottrina<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Tali situazioni, nella cornice dell'ordinamento interno, continuerebbero ad essere presidiate, anche per il tramite di sanzioni detentive, dall'art. 604, comma 1, *bis* del Codice penale, rubricato «Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa» a mente del quale «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi».

<sup>75</sup> Il riferimento è, ovviamente, da intendersi all'ordinanza della Corte costituzionale, 16 novembre 2018, n. 207 che ha rappresentato un preludio alla successiva sentenza, 22 novembre 2019, n. 242 con cui la Corte, preso atto della stasi del Parlamento, ha pronunciato l'illegittimità costituzionale della normativa impugnata. «La nuova tecnica processuale scaturiva dalla necessità di contemperare una duplice esigenza: da un lato, rimuovere un vizio di incostituzionalità dalla disposizione dell'art. 580 cod. pen. e, dall'altro, e questo è il punto che mi preme sottolineare, lasciare in prima battuta al legislatore lo spazio per intervenire in una materia altamente sensibile, oggetto di profondi dibattiti nell'opinione pubblica, che esige che le dinamiche politiche e culturali trovino modo di ricomporsi anzitutto nelle sedi politiche» Così l'allora Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia ha spiegato i motivi che hanno condotto all'adozione di tale nuova tecnica di giudizio. Cfr. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2020.

<sup>76</sup> Tra l'altro, potrebbero *quivi* ripetersi tutte le fondate considerazioni, già ampiamente svolte per l'ordinanza 16 novembre 2018, n. 207, in punto di maggior plausibilità di una pronuncia di inammissibilità, pur motivata

Qui preme, piuttosto, operare un fugace cenno a quei profili peculiari che legano e contraddistinguono, a due anni di distanza, le ordinanze nn. 207 del 2018 e 132 del 2020<sup>77</sup>. In primo luogo la Corte, similmente al caso “Cappato”, ha fatto ricorso a quella che nella forma si presenta come un’ordinanza ma che nella sostanza, a ben vedere, stante la complessa articolazione della stessa, motivata *funditus*, nelle parti

---

*funditus*, sostenute, in particolare, da G. P. DOLSO, *Profili processuali dell’ord. n. 207 del 2018*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 2. Si vedano, tra gli altri, A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *ConsultaOnline*, n. 3/2018, p. 571 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *www.QuestioneGiustizia.it*, 2018; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *ConsultaOnline*, n. 3/2018, p. 568 ss.; U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l’abbrivio di un dibattito parlamentare*, in *www.diritticomparati.it*, 2018; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Biolaw journal/Rivista di Biodiritto*, 2018, p. 153 ss.; U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’ ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» (ord. n. 207/2018)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, p. 1 ss.; M. PICCHI «*Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, p. 1 ss.; A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2019, p. 92 ss.; G. RAZZANO, *Sulla relazione fra l’ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019, p. 1 ss.; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2019, p. 531 ss.; M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 644 ss.; C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall’“ordinanza Cappato”*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019; P. ZICCHITTU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell’ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019; M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul “caso Cappato”*, in *Federalismi.it*, n. 17/2019; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, p. 138 ss.; M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2020, p. 290 ss.; P. VERONESI, *La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”*, in *BioLaw Journal/Rivista di Biodiritto*, n. 1/2020, p. 16 ss. Si veda, inoltre, *Dopo l’ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?- seminario tenutosi a Bologna, 27 maggio 2019*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2019. Sul problema, che il ricorso a pronunce di differimento delle decisioni della Corte costituzionale, ingenera circa il rispetto del principio del giusto processo di cui al novellato art. 111 Cost., si rinvia a F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale, op.cit.*, p. 220.

<sup>77</sup> In merito alle tecniche processuali delle quali la Corte dispone per esercitare il controllo di costituzionalità - laddove ammesso - di fronte a scelte discrezionali del Legislatore L. CARLASSARE, *Le decisioni d’inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, p. 27 ss.; A. PIZZORUSSO, *Controllo sull’uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, p. 71 ss.; A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Diritto e società*, 2007, p. 1 ss.; E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER, *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, Torino, 2011.

del “Ritenuto in fatto” e del “Considerato in diritto”<sup>78</sup>, dovrebbe collocarsi più propriamente all’interno del *genus* delle sentenze<sup>79</sup>.

In secondo luogo il fulcro di detta decisione consiste nel (nuovo) ricorso ad una pronuncia che è stata denominata di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”<sup>80</sup>. Nello specifico, come già fatto con l’ordinanza n. 207 del 2018, la Corte costituzionale ha riconosciuto nella parte motiva l’incostituzionalità della disciplina censurata, ma, nel contempo, non ha proceduto al suo annullamento, esortando, animata da quello che la stessa definisce uno «spirito di leale collaborazione istituzionale», il legislatore ad intervenire, approvando una disciplina maggiormente adeguata e rinviando a nuova udienza l’esame della *quaestio sub iudice*<sup>81</sup>.

A tale proposito preme sottolineare una sottile ma al contempo fondamentale differenza. L’ordinanza che ci occupa deve correttamente definirsi di “incostituzionalità accertata” e non già di “incostituzionalità (meramente) prospettata”. Questa distinzione non è - come potrebbe invece apparire - priva di significato<sup>82</sup>. In effetti il termine “incostituzionalità prospettata”, impiegato, tra gli altri, dall’ex Presidente della Corte costituzionale<sup>83</sup> per riferirsi all’ordinanza n. 207 del 2018, presenta una valenza molto specifica, utilizzata da parte della dottrina per

<sup>78</sup> Mentre l’art. 18, comma 4, della legge n. 87 del 1953 prevede che le ordinanze debbano essere succintamente motivate. Siamo *quivi*, per converso, in presenza di «una pronuncia complessa e poliedrica» come, giustamente, sottolinea, in relazione all’ordinanza “Cappato”, C. PANZERA, *L’ordinanza una e trina*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 6/2019, p. 2.

<sup>79</sup> Così come correttamente rilevato da R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, p. 104 ss. Si veda, inoltre, in argomento U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’ ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»* (ord. n. 207/2018), *op.cit.*, p. 1 ss., secondo cui il provvedimento n. 207 del 2018 «si scrive ordinanza, ma si legge sentenza».

<sup>80</sup> Su cui si rinvia a R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *ConsultaOnline*, 2020, p. 1 ss. Si tratta, in particolare, di un’incostituzionalità parziale e sopravvenuta. Per l’originalità rispetto alle sentenze “monito” si veda F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, *op.cit.*, p. 214 ss. Più in generale sulle pronunce monitorie della Corte L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislative*, Padova, 1987, 24 ss.

<sup>81</sup> *Contra* F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, *op.cit.*, p. 214, a mente del quale «nell’ordinanza n. 132/2020 non si coglie un’esplicita volontà preannunciata di dichiarare l’illegittimità costituzionale delle norme censurate». Occorre, inoltre, ricordare che la Corte non procede all’annullamento della disciplina scrutinata stante la preoccupazione legata al vuoto normativo che si ingenererebbe a seguito di una declaratoria di mera incostituzionalità.

<sup>82</sup> Secondo R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro it.*, n. 9/2020, 2565 ss. «la questione è stata ampiamente trattata (e risolta) nel merito, per cui il rinvio attiene in realtà alla formalizzazione di una conclusione già raggiunta più che alla trattazione della questione».

<sup>83</sup> Giorgio Lattanzi nella relazione sull’attività della Corte del 2018.

negare che nel caso “Cappato” la Corte avesse già argomentato ed accertato recisamente l’illegittimità della disciplina impugnata<sup>84</sup>.

Proprio per questa ragione - ed in contrapposizione con tale orientamento - sembra doversi privilegiare la locuzione di “incostituzionalità accertata”, poiché ciò che appare evidente dalla lettura tanto dell’ordinanza n. 207 del 2018 quanto della successiva ordinanza n. 132 del 2020 è proprio un dato che rende peculiare questa innovativa tecnica di giudizio. Ci si riferisce, cioè, al giudizio di fondatezza delle eccezioni di incostituzionalità, queste sì meramente “prospettate” dai giudici *a quibus*, di cui viene procrastinato il relativo verdetto di un anno<sup>85</sup>.

Sicché la Corte costituzionale, in questo modo, non si è limitata ad evidenziare una *possibile* soluzione del caso sottoposto, bensì ha preso posizione in modo *certo* sull’incostituzionalità della normativa censurata, individuando una soluzione destinata necessariamente ad imporsi nell’ipotesi di inerzia del legislatore<sup>86</sup>.

Nel dettaglio la Corte, in modo apparentemente irrituale - a meno di non iniziare a considerare, come peraltro occorrerebbe fare, l’ordinanza n. 207 del 2018 quale prima epifania di un inedito canone decisorio che allarga le maglie del diritto processuale costituzionale<sup>87</sup>-, ha proceduto ad approfondire diffusamente nel merito le doglianze prospettate dal giudice rimettente<sup>88</sup>. Cionondimeno, ha deciso di rinviare il verdetto<sup>89</sup>

<sup>84</sup> Su tutti, E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio*, op.cit., p. 559.

<sup>85</sup> R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, op.cit., p. 106. Con specifico riguardo alla modulazione degli effetti temporali delle pronunce della Corte AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, Padova, 2000, 305 ss.; R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 29 ss.; D. BUTTURINI e M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Napoli, 2014.

<sup>86</sup> Sulla pretesa per cui il Parlamento dovrebbe disporre di competenza esclusiva nel rimediare ad eventuali omissioni legislative, di recente, AA. VV., *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l’esperienza latino-americana*, a cura di L. CASSETTI - A. S. BRUNO, Torino, 2019.

<sup>87</sup> In tale senso si veda R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, op.cit., p. 106 e contra E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio*, op.cit., p. 531 ss.; F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l’ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019. Per una puntuale ricostruzione delle diverse tecniche di giudizio (maggiormente creative) elaborate dalla Corte per superare lo schema c.d. “ablatorio-demolitorio”, cristallizzato nell’art. 136 Cost, si rinvia alla chiara analisi svolta da C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013, 86 ss.

<sup>88</sup> Si tratta, difatti, di una «pronuncia che si presenta come interlocutoria in relazione al dispositivo e che ha il sapore di “definitività” con riguardo alla motivazione», come ha affermato, testualmente, A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, op.cit., p. 549. Cfr. in argomento M. CHIAVARIO, *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di*

ad un'udienza fissa direttamente individuata dal collegio, con contestuale sospensione, *medio tempore*, dei giudizi *a quibus*<sup>90</sup>.

Non può, inoltre, revocarsi in dubbio come quella che ci occupa sia, alla stregua della sua "progenitrice", a tutti gli effetti una pronuncia di rinvio. Sicché la disciplina scrutinata, la cui illegittimità costituzionale è già stata ampiamente preconizzata (benché non certo ancora dichiarata) non viene espunta dall'ordinamento potendo, pertanto, continuare a trovare, *medio tempore*, applicazione, con il conseguente indefettibile rischio che in casi consimili possa farsi ricorso ad una normativa incriminatrice la cui non rispondenza ai principi costituzionali sia stata già stata ampiamente ravvisata.

Si tratta, all'evidenza, di un rinvio per ragioni di merito - che pare essersi imposto quale caratteristica peculiare e *standard* di siffatta inedita tipologia di pronunce - e non come era solito avvenire in passato, per mere questioni di natura processuale<sup>91</sup>. Difatti, nella maggior parte dei casi in cui la Corte aveva disposto un rinvio a nuovo ruolo - chiaramente differente, per quanto attiene agli effetti processuali, dal rinvio a data fissa -, l'aveva fatto per ragioni meramente processuali: a seguito di rinuncia al ricorso, in conseguenza della possibile sopravvenienza di una causa di cessazione della materia del contendere, al fine di attendere una pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Nel caso che ci occupa, per converso, il rinvio a data fissa predisposto dalla Corte costituzionale è legato squisitamente al merito della questione. La Corte ha disposto il rinvio proprio per consentire al

*legittimità promossi in via incidentale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, p. 215 ss. La Corte non ha potuto, altresì, procedere secondo la nota formula crisafulliana delle rime obbligate. Cfr., a tale proposito, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA. Vv., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 84.

<sup>89</sup> Come già fatto in occasione della vicenda "Cappato". Sul differimento temporale degli effetti delle pronunce della Corte si veda G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, op.cit., 1989.

<sup>90</sup> Della quale ben difficilmente si sarebbe potuto dubitare, trattandosi, a ben vedere, di un effetto processuale naturale. La Corte, similmente al caso "Cappato", ha fatto riferimento anche ai giudizi pendenti in cui altri giudici possano trovarsi ad applicare la disciplina oggetto della questione di costituzionalità, invitando i detti giudici a sollevare, a loro volta, l'eccezione di incostituzionalità.

<sup>91</sup> In merito alla necessità di poter ricavare dal comportamento processuale della Corte «*standards* di comportamento che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali», lucidamente, L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Milano, p. 97 ss.

legislatore di novellare la disciplina censurata, indicando precisi criteri contenutistici ai quali il medesimo “dovrebbe” attenersi<sup>92</sup>.

Peraltro, i Giudici costituzionali hanno soggiunto che «negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se eventuali questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame analoghe a quelle in questa sede prospettate debbano parimenti essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate alla luce dei principi sopra enunciati, così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l'applicazione delle disposizioni censurate». La Corte, in tale ottica, ha fatto salva la possibilità per i giudici comuni di valutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza, ancorché, nel contempo, proprio in guisa tale da scongiurare il pericolo sopra evidenziato, li abbia indirizzati persuasivamente - *non razione imperi sed imperio rationis* - ma pur sempre rispettosamente del loro ruolo istituzionale, ad agire in tal senso<sup>93</sup>.

In questa cornice, si potrebbe forse ragionare circa l'introduzione (*de iure condendo*) della possibilità, per il giudice che si trovi a dover decidere un caso analogo ad un altro già sottoposto allo scrutinio di costituzionalità, di sospendere il procedimento, ai sensi dell'art. 295 c.p.c. e in attesa della decisione della Corte, senza necessità di sollevare a propria volta una questione di legittimità costituzionale.

A tale riguardo la dottrina maggioritaria si è sempre per lo più mostrata contraria ad una siffatta possibilità, soprattutto in considerazione del diritto garantito alle parti del giudizio *a quo* di costituirsi nel processo costituzionale e dell'obbligo di trasmettere gli atti del giudizio principale alla Corte costituzionale, che risulterebbero violati in caso di mera sospensione<sup>94</sup>. Si è, inoltre, sempre criticato il fatto che un eventuale obbligo di sospensione consentirebbe a qualunque giudice (anche attraverso un'iniziativa pretestuosa) di interferire sull'autonoma decisione di tutti gli altri giudici<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Cfr. E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio*, *op.cit.*, p. 546.

<sup>93</sup> Atteso che nel nostro sistema di giustizia costituzionale nessun giudice può considerarsi obbligato a ritenere rilevante e non manifestamente infondata una *quaestio* di costituzionalità per il mero fatto che in un caso analogo un altro giudice l'abbia ritenuta tale. Si veda, altresì, A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, *op.cit.*, p. 407.

<sup>94</sup> E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, *op.cit.*, p. 109.

<sup>95</sup> G. ZAGREBESLKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2018, p. 143 ss.

D'altro canto, deve rilevarsi come, a ben riflettere, l'introduzione della sospensione del giudizio *ex art. 295 c.p.c.*, per l'ipotesi in cui un giudice si trovi a dover applicare una normativa di cui sospetta l'incostituzionalità, la quale sia già stata oggetto di un'altra questione sollevata da un altro giudice e pertanto pendente dinanzi alla Corte, presenterebbe un indubbio vantaggio. In tale modo, in effetti, si scongiurerebbe il rischio che la disciplina, la cui incompatibilità rispetto al dettato costituzionale sia già stata inequivocabilmente accertata dalla Corte, possa ancora trovare concreta applicazione in casi analoghi.

Ancora il Giudice delle leggi, sulla scorta di quanto già disposto con l'ordinanza "Cappato", ha fornito al Parlamento alcune linee guida piuttosto dettagliate cui la disciplina da emanare "dovrebbe" attenersi<sup>96</sup>.

Nello specifico la Corte ha incisivamente affermato che: «n questo quadro, il legislatore potrà eventualmente sanzionare con la pena detentiva le condotte che, tenuto conto del contesto nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio»<sup>97</sup>.

In tale guisa, la nostra Corte parrebbe essersi resa artefice di un'operazione accostabile ad una sorta di delega legislativa di cui all'art. 76 della Costituzione. In effetti mediante l'indicazione di principi e criteri direttivi tanto costituzionali quanto convenzionali cui il legislatore "dovrebbe" attenersi, il Giudice costituzionale ha

---

<sup>96</sup> Ancorché, come è stato correttamente sottolineato da A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, *op.cit.*, p. 573, sia evidente che il Legislatore non potrà in ogni caso mai essere obbligato *manu militari* «ad un fare, laddove a ciò non intenda piegarsi». In senso adesivo E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio*, *op.cit.*, p. 539. Viene delineata in tale guisa una strada costituzionalmente necessaria, così S. PENASA, *Il "seguito" dell'ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazione tra poteri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019. A tale riguardo anche A. RUGGERI, *Ancora su Cappato e la progettazione legislativa volta a dare seguito alle indicazioni della Consulta*, in *ConsultaOnline*, n. 3/2020.

<sup>97</sup> Tale pronuncia sottende un evidente rapporto di collaborazione con il Parlamento, sul punto si veda F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/1981, p. 1663, il quale discorre di «funzione di collaborazione della Corte con il potere legislativo». Sui rapporti tra libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione chiaramente P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in società multi-etnica*, in AA. VV., *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, pp. 125 ss.

emanato una specie di “ordinanza di delega”<sup>98</sup> che sembrerebbe richiamare i principi e criteri direttivi di cui ragiona l’art. 76 della Costituzione<sup>99</sup>.

Ovviamente non può tecnicamente parlarsi di delega legislativa atteso che l’iniziativa legislativa deve riservarsi, ai sensi dell’art. 71, comma 1, della Costituzione, esclusivamente «al Governo, a ciascun membro delle Camere ed agli organi ed enti ai quali sia conferita da legge costituzionale.»<sup>100</sup>. Tuttavia, tale fenomeno dimostra indubbiamente - senza certo la necessità di giungere all’estremo di definire la Corte quale “terza camera” - l’oscillazione di quel «pendolo» che la caratterizza, molto più verso l’anima politica rispetto a quella giurisdizionale<sup>101</sup>.

Quanto alla decisione finale pare plausibile ritenere che la Corte - nella non improbabile ipotesi di inerzia del Parlamento - procederà ad adottare una sentenza manipolativa diretta a mantenere la pena detentiva per quelle situazioni eccezionali già contemplate dall’ampia e consolidata giurisprudenza della Corte EDU, piuttosto

<sup>98</sup> Per l’uso di tale felice espressione, in relazione all’ordinanza, 16 novembre 2018, n. 207 si rinvia, tra gli altri, a C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all’istante con l’aiuto d’altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull’ord. 207/2018 (Osservazione a Corte cost. 16 novembre 2018 n. 207)*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, p. 2486; P. CARNEVALE, *L’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale fra asserite violazioni delle regole processuali, duplice rinvio ( a sé e al legislatore) e attesa di scenari futuri*, in AA.VV., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, Firenze, 2019, p. 39; A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019. Si è discorso addirittura di «co-determinazione dell’indirizzo politico», così, testualmente, G. SALVADORI, *Lo stile dell’ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell’ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell’ordinanza n. 207 del 2018)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019, p. 11.

<sup>99</sup> Benché la Corte Costituzionale si premuri in modo particolarmente accorto, per vero più formalmente che sostanzialmente, di presentare tale esito esclusivamente come eventuale. Sul punto si veda A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *ConsultaOnline*, 2020, p. 406 ss., secondo cui «Proprio questa, oggi raffigurata come una delle discipline possibili, potrebbe dunque porsi quale nuova disciplina al dettato in vigore per il caso di totale inerzia».

<sup>100</sup> Sulla questione della delega al legislatore si veda R. BIN, *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto” (nota a Corte cost. 419/1991)*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3574 ss.

<sup>101</sup> Orientando, così, il Parlamento ad affrontare questioni finanche estranee all’agenda di governo. Cfr. L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 211 ss. Di terza camera ha parlato A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, n. 5/2017, p. 15. Mentre per la nota metafora del pendolo si rinvia a R. ROMBOLI, *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017. Sulla Corte costituzionale quale giudice e legislatore si veda L. PEGORARO, *I rapporti della Corte costituzionale col legislatore e la sistematica dei modelli di giustizia costituzionale dopo lo smaltimento dell’arretrato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del Seminario (Pisa, 5 maggio 1990)*, Torino, 1991, p. 185 ss.

che una semplice declaratoria di incostituzionalità finalizzata ad espungere *tout court* la sanzione detentiva<sup>102</sup>.

Ad ogni buon conto, laddove si volessero intravedere nella pronuncia in commento alcuni (pur sempre secondari) *nova* rispetto all'ordinanza n. 207 del 2018, si potrebbe affermare che *quoadformam* si assiste ad una maggiore accortezza nonché al ricorso di un linguaggio più paludato<sup>103</sup> condito da numerosi rinvii giurisprudenziali, in particolar modo della Corte di Strasburgo, ma *quoadsubstantiam* le due pronunce appaiono in tutto e per tutto integralmente sovrapponibili, evocative, entrambe, di un nuovo canone processuale che si sta imponendo con una sempre maggior *vis* espansiva in seno al nostro sistema di giustizia costituzionale<sup>104</sup>.

Un ulteriore, seppur lieve, tratto distintivo tra le due pronunce risiede nella pendenza o meno dinanzi all'organo parlamentare, al momento dell'emanazione dell'ordinanza da parte della Corte, di progetti di legge afferenti alla materia oggetto

<sup>102</sup> In senso adesivo, seppur qualificandolo quale uno dei possibili esiti, A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, *op.cit.*, p. 407. Ma *contra* M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020 secondo la quale «la Corte non si avventurerà in una sentenza manipolativa finalizzata a contemplare la pena detentiva in quei casi eccezionali sopra richiamati perché siffatta previsione è definita come eventuale».

<sup>103</sup> Così A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, *op.cit.*, p. 407. Pare, peraltro, non completamente condivisibile l'autorevolissima visione di A. RUGGERI secondo cui la Corte avrebbe, per il tramite di detta pronuncia, fatto ricorso ad un ragionamento «non scevro di qualche oscillazione (forse, studiata...), sì da rendersi disponibile, in occasione della definizione del caso, ad ogni possibile esito in ragione del comportamento che nel frattempo terrà il legislatore», atteso che, a parere dello scrivente, la Corte avrebbe, per vero, già univocamente e quale che sia l'eventuale risposta legislativa, delineato la soluzione cui il legislatore “dovrebbe” attenersi e cui, in caso di colpevole ma prevedibile stasi dello stesso, la Corte ricorrerà nella propria successiva pronuncia, posticipata di un anno, non lasciando spazio ad analisi ovvero interpretazioni ulteriori rispetto a quanto già prospettato. L'Autore correttamente rileva, altresì, come se nell'ordinanza n. 207 del 2018 plurime ed incisive erano state le censure di illegittimità costituzionale, nell'ordinanza che ci occupa, invece, la Corte ha accertato come la questione debba essere attentamente riconsiderata da più angoli visuali, avendo riguardo a tutte le posizioni soggettive in gioco. Cfr. A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, *op.cit.*, p. 406.

<sup>104</sup> Peraltro, accanto alla nuova tipologia di ordinanze inaugurata con il caso “Cappato” continuano a convivere le più tradizionali pronunce di inammissibilità. Il legislatore ricorre alle prime quando accerta la sussistenza di profili di incostituzionalità della disciplina scrutinata, ma intende rinviare il relativo verdetto onde consentire al legislatore di intervenire. Utilizza, per converso, le seconde laddove non ravvisa profili di incostituzionalità, sicché dichiara inammissibile la questione e rimette la decisione a scelte discrezionali riservate al legislatore. In merito a quest'ultima ipotesi si veda il Comunicato stampa del 21 ottobre 2020 della Corte costituzionale, riguardante il caso del riconoscimento dello *status* di genitore alla cosiddetta “madre intenzionale” all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente. Riconoscimento che, secondo la Corte, non risponde a un precetto costituzionale (e da qui la pronuncia di inammissibilità) ma comporta una scelta di così alta discrezionalità da essere riservata al legislatore, quale interprete del sentire della collettività nazionale.

dello scrutinio di costituzionalità. In particolare, se nell'ordinanza n. 132 del 2020 la Corte è sembrata in qualche modo voler legittimare e giustificare la scelta del ricorso a questo *novum* giurisprudenziale sulla base della (ragionevole) possibilità per il Parlamento di approvare una nuova disciplina, considerati i progetti di legge allo stato pendenti dinanzi alle Camere, altrettanto non può dirsi per l'ordinanza "Cappato".

Difatti, in questa seconda ipotesi i Giudici costituzionali ben erano a conoscenza che nessun progetto di legge fosse al momento in discussione. Ma vi è di più, il Parlamento, all'esito dell'ampio e complesso dibattito che ha condotto all'adozione della legge n. 219/2017, in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, aveva, altresì, deliberatamente escluso ogni riferimento a ipotesi di "suicidio assistito" dalla legge introduttiva delle DAT, respingendone i relativi emendamenti.

In questa cornice, il fatto che la Corte faccia ricorso alla discussa tecnica di giudizio inaugurata col caso "Cappato" tanto nelle ipotesi di pendenza di disegni di legge in materia, quanto in quelle in cui l'organo legislativo abbia già espresso la propria volontà in senso contrario all'approvazione di quella stessa disciplina che i Giudici costituzionali richiederebbero, pare piuttosto significativo. In particolare, il riferimento, operato nella chiusa dell'ordinanza n. 132 del 2020, ai detti progetti di legge appare più che altro un *escamotage* di cui la Corte costituzionale si serve per tutelarsi, in modo più prudente rispetto alla precedente ordinanza "primigenia", circa possibili critiche che potrebbero venirle mosse in punto di osservanza della discrezionalità del legislatore, legittimando, al contempo, la sua opera di sostituzione in caso di (probabile) inerzia del Parlamento<sup>105</sup>.

## 7. Alcune considerazioni conclusive.

Per quanto afferisce al profilo sostanziale e di bilanciamento sotteso alla pronuncia *de qua*, preme sottolineare come l'esigenza di reprimere quelle condotte lesive

---

<sup>105</sup> In tale senso A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, *op.cit.*, p. 549, nonché M. PICCHI, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, *op.cit.*, p. 17.

dell'altrui onore - che pur rappresenta un eminente limite tanto costituzionale quanto convenzionale alla libertà d'espressione della stampa e degli altri *media* - non possa, comunque, condurre ad una limitazione della libertà d'espressione sì profonda da sacrificarla in *toto* dinanzi all'altare di una supposta e pretesa necessaria tutela penale, finanche detentiva, della reputazione e dell'onore. Ai fini di un corretto funzionamento di qualsiasi ordinamento democratico, veste prioritaria preminente assume (e normativamente "deve assumere") l'esigenza di non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la stampa e la generalità dei giornalisti dall'esercitare il proprio essenziale e cruciale ruolo di "watchdog della democrazia"<sup>106</sup>.

Passando al diverso ma pur sempre strettamente interconnesso versante metodologico e processuale, non ci si può esimere dal rilevare come si sia ormai imposta l'effettiva cristallizzazione di una originale tecnica giudiziale nel contesto del processo costituzionale, sempre improntato a dinamismo: quella della dichiarazione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata". Ossia una soluzione giurisprudenziale che presenta l'indubbio pregio di privilegiare un inedito canale di interlocuzione con l'organo legislativo attraverso due direttrici tra loro complementari: da un lato il monito al Parlamento a rendere costituzionalmente conforme la disciplina censurata (richiamandolo così alla sua imprescindibile funzione *de legeferenda*) entro il termine di un anno, sulla scorta delle indicazioni fornite dalla stessa Corte, dall'altro la preconizzazione della declaratoria di incostituzionalità destinata fuor di dubbio ad abbattersi sulla summenzionata disciplina nell'ipotesi di silenzio del Legislatore<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Ossia un imprescindibile ruolo di informazione, non di rado caratterizzato da funzioni di controllo rispetto all'operato dei pubblici poteri. Sul punto si rinvia a Corte Edu sentenza 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*, paragrafo 39. Tale principio è stato ribadito altresì dalla Corte Edu nella sentenza 7 febbraio 2012, *Hannover c. Germania*, in materia di tutela della vita privata (art. 8 Cedu) e suo bilanciamento con la libertà di espressione (art. 10 Cedu). Cfr., *ex multis*, G. REPETTO, *Il caso Hannover c. Germania di fronte alla Corte di Strasburgo: dove corre il discrimine tra rispetto della vita privata e libertà di stampa?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2004. Si vedano, altresì, le note pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti concernenti il I emendamento e la libertà di parola di cui il primo ne costituisce lo scrigno. A tale riguardo, *ex multis*, Corte Suprema degli Stati Uniti sentenze *Lewis v. City of New Orleans* (1972); *Goadin v. Wilson* (1972); *City of Houston, Tex. v. Hill* (1987).

<sup>107</sup> In senso conforme M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, *op. cit.*, 1422. Interlocuzione che, peraltro, mira a reagire a quell'innegabile presa di distanza fra Giudice delle leggi e Parlamento lucidamente delineata da L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 527 ss. Cfr., sul tema del silenzio del legislatore, L. CASETTI, *Corte*

Da tale angolo prospettico, qualora ci si volesse sbilanciare abbandonando un'ottica puramente "a-valutativa", non pare insensato ritenere che la soluzione giurisprudenziale inaugurata con la pronuncia "Cappato" e replicata con l'ordinanza n. 132 del 2020 assurgerà, o meglio sia già assurta (anche per innegabili esigenze di opportunità<sup>108</sup>) a vero e proprio *standard* - non trattandosi certo del mero frutto delle contingenze che l'hanno generata - nell'ambito delle norme sul processo costituzionale. In detta cornice, stante il ricorso a tale modulo decisorio persino nell'ambito di una *quaestio*, quella della responsabilità penale del giornalista a mezzo stampa, non eticamente sensibile e dunque non così divisiva e carica di "politicalità" come quella del suicidio assistito, possiamo davvero ancora negare quella che appare un'evidenza?<sup>109</sup>

In altri termini, possiamo davvero ancora sostenere che la soluzione preconizzata con la discussa ordinanza "Cappato" costituisca una sorta di *iussingulare* legato a doppio filo alle esigenze contingenti di quel caso concreto e non abbia rappresentato, piuttosto, la genesi di una innovativa tecnica processuale<sup>110</sup> generalizzata e

---

*costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisorii nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in L. CASSETTI - A. S. BRUNO (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, Torino, 2019, p. 1 ss.

<sup>108</sup> Più nel dettaglio la Corte sarà in grado di riassumere automaticamente il processo e di pronunciarsi definitivamente sulla disciplina sottoposta al suo scrutinio senza, l'altrimenti indispensabile necessità, che nel corso di un altro giudizio un altro giudicante risollevi la medesima questione.

<sup>109</sup> Proprio il riferimento a temi non estremamente divisivi fornisce l'evidente ed innegabile prova dell'anima, sempre maggiormente politica, assunta dalla Corte che, quale organo di garanzia della Costituzione, non dovrebbe presentare. Cfr., *ex multis*, A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, *op.cit.*, p. 553; U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» (ord. n. 207/2018)*, *op.cit.*, p. 1 ss.; M. PICCHI *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, *op.cit.*, p. 1 ss.; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, *op.cit.*, p. 570. In merito all'ineluttabile "pressione del caso" cui deve sottostare necessariamente la scelta da parte dei Giudici costituzionali delle norme applicabili al giudizio costituzionale cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 190 ss.

<sup>110</sup> Pur sempre elaborata quasi dissimulatamente per via giurisprudenziale sulla scorta di un utilizzo totalmente disinvolto delle regole sul processo costituzionale - la Corte, nell'ordinanza n. 207 del 2018, discorre di normale utilizzo dei propri poteri di gestione del processo costituzionale -, laddove, per converso, la Corte ben avrebbe potuto procedere ad una modifica espressa delle norme integrative che la stessa si è data in via di autonormazione, come ha, in effetti, fatto recentemente con delibera dell'8 gennaio 2020. Sul punto si veda G. P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2020, pp. 621-646; nonché M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *rivista AIC*, n. 2/2020, p. 402 ss. Per quanto attiene, più in generale, al problema delle norme integrative si veda, altresì, E. LAMARQUE, *Le nuove Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2009, pp. 113-145. In tale quadro sarebbe (forse) opportuna l'introduzione di un'espressa previsione normativa volta a dare copertura effettiva al nuovo canone decisorio, analogamente a quanto avvenuto in Germania per la *Unvereinbarkeitserklärung* sviluppatasi in seno alla prassi giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht*. Cfr., in tale senso, M. PICCHI, *Considerazioni*

generalizzabile in forza dell'*ratio* alla stessa sottesa<sup>111</sup>? Ossia quella di consentire alla Corte di sostituirsi all'eventuale stasi del legislatore ordinario, dalla quale potrebbero derivare disfunzioni sistemiche dovute anche alla perdurante applicazione di norme la cui incostituzionalità sia già stata accertata<sup>112</sup>.

La risposta, se ben si considera, non può che essere negativa<sup>113</sup>. Pertanto, il ruolo della dottrina non può che essere, innanzitutto, quello di registrare la genesi di una nuova via processuale, da considerare oramai rodada e passata da eccezione a vera e

---

*a prima lettura sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, p. 8. Sulla somiglianza tra la tecnica giudiziale tedesca e l'innovativa soluzione giurisprudenziale adottata dal Giudice della costituzionalità italiano si rinvia a N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2018; A. RUGGERI, *Frattendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, *op. cit.*, p. 108; D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi considerazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2018, p. 3 ss. Ma *contra* R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *ConsultaOnline*, 2020, p. 5 ss., secondo il quale la somiglianza tra le due tecniche giudiziali summenzionate sarebbe meramente apparente. Peraltro, sul modo assai disinvolto di applicare le regole che presiedono il giudizio costituzionale, v. R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, n. 3/2019, p. 1797 ss.; nonché sull'indispensabile rispetto delle regole del processo costituzionale, molto chiaramente, A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996.

<sup>111</sup> Generalizzazione che la Consulta ha cercato astutamente di imporre con la volutamente generica previsione, a mente della quale «Va dunque conclusivamente rilevato che, laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale.». Così. *Corte cost.*, 16 novembre 2018, n. 207. Sul punto si veda, altresì, B. PEZZINI, *Dal caso Cappato al caso Fabiano Antoniani e ritorno: i vincoli di coerenza imposti dalla ordinanza 207/2019*, in AA.Vv., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte Costituzionale*, Firenze, 2019, p. 92 ss.

<sup>112</sup> A tale proposito non può non ricordarsi come un *self restraint* che portasse la Corte a non dichiarare l'incostituzionalità negli *hard cases*, nei casi divisivi, ovvero nei casi in cui comunque la Corte lo ritenga inopportuno, determinerebbe un allargamento delle zone d'ombra, se non, addirittura, delle zone franche nell'ambito del giudizio di costituzionalità. A tale riguardo A. PIZZORUSSO, "Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, p. 1021 ss.; P. ZICCHITTU, *La Corte costituzionale di fronte alle "zone franche"*, in AA.Vv., *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2019, pp. 417- 433. In relazione ai casi critici, proprio in quanto divisivi, si rinvia alle interessanti considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 191 ss.

<sup>113</sup> Di diverso avviso, invece, E. CHELI, *Corte costituzionale e sistema politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2019, p. 789, secondo cui la Corte costituzionale non avrebbe introdotto alcuna novità in tema di tecniche processuali e decisorie di cui al processo costituzionale.

propria regola, successivamente, nel caso in cui l'impiego di tale tecnica portasse la Corte ad un attivismo tale da alterarne la posizione nel sistema, quello di farla, in una prospettiva *de iure condendo*, eventualmente oggetto di lettura critica<sup>114</sup>.

È noto, peraltro, l'adagio per cui: «Un indizio è un indizio, due indizi sono una coincidenza, ma tre indizi fanno una prova»<sup>115</sup>. Ebbene, due indizi (le due ordinanze) ci sono, sicché a beneficio di quella dottrina che ancora non riconosce detta genesi, non resta che aspettare il terzo (che certo non tarderà ad arrivare).

---

<sup>114</sup> Sul passaggio da eccezione a regola si veda C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019. In merito agli atteggiamenti *extra ordinem* della Corte v. R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, p. 1 ss.; A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, n. 5/2017, p. 1 ss.

<sup>115</sup> Così sentenziava l'Hercule Poirot nato dalla penna della grande Agatha Christie.

# LA CORTE COSTITUZIONALE TRA "POSIZIONI ORGANIZZATIVE DI ELEVATA SPECIALIZZAZIONE" E DIRIGENZA PUBBLICA:

**la *prima volta* degli "esperti di chiara fama" in una decisione che non convince.**

**Gian Paolo Dolso\***

**ABSTRACT** [ITA]: L'articolo riguarda una recente sentenza della Corte costituzionale: la n. 164 del 2020. In essa la Corte ha respinto i dubbi di costituzionalità relativi ad una legge che consente di istituire posizioni organizzative nell'ambito delle Agenzie fiscali (c.d. POER). In riferimento all'accesso a tali ruoli alcune agevolazioni sono previste a favore dei dipendenti delle stesse agenzie. I dubbi di costituzionalità si basano sulla asserita violazione degli artt. 3, 51, 97 Cost. La questione affrontata dalla Corte rivela elementi di interesse sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale. Infatti, la decisione si segnala per il fatto che la Corte ha per la prima volta usato un istituto processuale introdotto con la modifica delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale approvate nel gennaio del 2020. Si tratta di una pronuncia che dà adito a dubbi, anche alla luce del fatto che in un precedente caso, sotto diversi aspetti simile, la Corte aveva concluso per l'incostituzionalità della norma impugnata, la quale istituiva figure non molto dissimili da quelle ritenute conformi a Costituzione con la sentenza in esame.

**ABSTRACT** [ENG]: *The article includes some reflections on the recent decision of the Constitutional Court: no. 164 of 2020. The Court rejected the questions regarding the constitutional legitimacy of a law relating to financial departments. This law provided for the possibility of assigning significant tasks to financial departments employees, promoting the employees of the same agencies in several ways. The doubts of constitutional legitimacy were based on the alleged violation of Articles 3, 51, 97 of the Constitution. The author then focuses on both substantive and procedural aspects of the theme. In fact, the decision is noteworthy because the Court used for the first time a procedural rule just introduced by the Court itself in January 2020: the possibility of arranging for the hearing of well-known experts (Article 14-bis of the Court's procedural rules). In such a framework the decision raises doubts, therefore considered that in a previous case, the Court declared unconstitutional a law with a similar content.*

---

\* Professore associato di diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Trieste.

**SOMMARIO:** **1.** La complessa vicenda decisa con la sentenza n. 164 del 2020. – **2.** Il ragionamento della Corte costituzionale. – **3.** Gli aspetti processuali della vicenda: la convocazione di esperti di chiara fama. – **4.** I profili sostanziali. – **5.** Cenni conclusivi.

### **1. La complessa vicenda decisa con la sentenza n. 164 del 2020.**

La sentenza da cui queste osservazioni prendono le mosse, avente ad oggetto l'art. 1, comma 93, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 27 dicembre 2017, n. 205, muove da un giudizio pendente davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio nell'ambito del quale Dirpubblica–Federazione del pubblico impiego ha impugnato diversi provvedimenti emanati dall'Agenzia delle entrate in attuazione della citata norma<sup>1</sup>. Si tratta, in particolare, di una vertenza che ha come baricentro i dubbi di costituzionalità relativi a nuove posizioni organizzative previste dalla legge sopra citata, così come recepita poi dall'amministrazione con propri regolamenti, secondo la quale l'Agenzia delle entrate e l'Agenzia delle dogane e dei monopoli possono «istituire posizioni organizzative per lo svolgimento di incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione», posizioni a cui vengono dalla stessa legge conferiti una serie di poteri, ulteriori e diversi rispetto a quelli propri del funzionari che tali posizioni possono rivestire<sup>2</sup>.

La questione ha uno sviluppo processuale particolare sotto diversi profili, a partire da quello relativo al fatto che il giudice relatore Nicolò Zanon, udito nell'udienza pubblica il 25 febbraio 2020, viene sostituito, per la redazione della sentenza, dal giudice Giancarlo Coraggio. La sentenza, che ripercorre con estrema meticolosità le posizioni delle parti (in diversi atti processuali espressi), dà conto di una difesa del

---

<sup>1</sup> Si tratta della sentenza n. 164 del 2020, avente ad oggetto alcuni articoli della legge che disciplina il bilancio di previsione dello Stato per il 2018 e il bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020. La questione è stata sollevata con ordinanza del 3 giugno 2019, iscritta al n. 16 7 del registro ordinanze 2019 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 42, prima serie speciale, dell'anno 2019. Per un primo esame della pronuncia si vedano le osservazioni di S. DE GÖTZEN, *Accesso alla dirigenza e a posizioni organizzative: il perimetro del requisito del pubblico concorso*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2020, 1 ss. e di G. TROPEA, *La Consulta salva il "Re Pallido" nell'annosa vicenda delle cd Poer (posizioni organizzative di elevata responsabilità) presso l'Agenzia delle Entrate*, in *Osservatorio AIC*, 6/2020, 488 ss.

<sup>2</sup> Si tratta di poteri e funzioni meglio precisati dal citato art. 1, comma 93, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 27 dicembre 2017, n. 205.

Presidente del Consiglio dei Ministri particolarmente (e raramente così) accurata, prova inequivoca dell'attenzione del Governo per la questione. Ma la vicenda è connotata pure da una inedita parentesi istruttoria. Con ordinanza 27 febbraio 2020 la Corte ha disposto, ai sensi dell'art. 14-*bis* delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, la convocazione di due esperti per l'audizione in camera di consiglio del 23 marzo 2020, udienza poi rinviata, con decreto della Presidente della Corte costituzionale, a causa dell'emergenza sanitaria, alla camera di consiglio del 27 maggio 2020<sup>3</sup>.

Si tratta della prima volta in cui la Corte ha fatto uso di questo strumento istruttorio, del resto appena introdotto dalle Norme Integrative<sup>4</sup>. Nell'occasione sono stati sentiti gli esperti indicati nella citata ordinanza 27 febbraio 2020 e individuati nelle persone del prof. Elio Borgonovi e del dott. Vieri Ceriani. All'udienza hanno presenziato l'avvocato di Dirpubblica – Federazione del pubblico impiego e gli avvocati dello Stato<sup>5</sup>. Tale udienza ha poi conosciuto una prosecuzione in una successiva udienza svoltasi in camera di consiglio il giorno 11 giugno 2020, ove sono stati ascoltati gli avvocati delle parti. Lo stesso giorno la Corte ha emanato un comunicato stampa in cui veniva annunciato il rigetto della questione proposte<sup>6</sup>. La sentenza in commento veniva quindi depositata il 24 luglio 2020. Essa si connota, oltre che per la già rilevata sostituzione del giudice relatore con altro giudice per la redazione della sentenza, anche per il fatto che l'esame delle questioni ha richiesto, ad avviso della Corte, «una previa illustrazione della pregressa e articolata vicenda storica e della correlativa evoluzione del quadro normativo di riferimento»<sup>7</sup>: si tratta di un *modus procedendi* non particolarmente frequente e che testimonia la delicatezza e

<sup>3</sup> Si tratta dell'Ordinanza di convocazione di esperti (reg. ord. n. 167 del 2019) depositata in cancelleria il 27 febbraio 2020. Il pacchetto di riforma delle norme integrative risale appena all'8 gennaio 2020 (in *Gazzetta Ufficiale, Serie Generale* n. 17 del 22/01/2020)

<sup>4</sup> Non è questa la sede di soffermarsi sulle modifiche alle Norme integrative che hanno già attirato l'attenzione degli studiosi: cfr. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, e A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, entrambi in *Rivista Aic*, 2/2020, rispettivamente 402 ss. 2 426 ss. Sul punto si vedano anche i contributi di diversi Autori pubblicati in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 481 ss.

<sup>5</sup> «Nella camera di consiglio del 27 maggio 2020, ai sensi dell'art. 14-bis delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, sono stati ascoltati esperti di chiara fama, alla presenza della parte costituita e dell'Avvocatura dello Stato, le quali hanno replicato alle osservazioni degli esperti nella successiva camera di consiglio dell'11 giugno 2020»: così la ricostruzione contenuta nella sent. n. 164 del 2020.

<sup>6</sup> Si tratta del Comunicato dell'11 giugno 2020 (*Legittime le Poer delle Agenzie fiscali: non sono dirigenti*), in cui la Corte spiega succintamente le ragioni del rigetto delle questioni sollevate.

<sup>7</sup> Corte cost., sent. n. 164 del 2020.

la complessità della questione *sub iudice*<sup>8</sup> Si tratta del resto di una questione che nasce da lontano e ha conosciuto una evoluzione molto articolata nella quale si inserisce pure un precedente, innegabilmente in termini, della stessa Corte, tanto è vero che al riguardo viene prospettata pure una violazione dell'art. 136 Cost.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Nel contesto della ricostruzione, molto puntuale, della complessa vicenda, trovano spazio anche numerosi riferimenti ai lavori parlamentari e a quelli delle commissioni competenti (di Camera e Senato), comprese le audizioni a cui si è dato corso: si tratta, anche sotto questo profilo, di una circostanza non certo frequente (ancora sent. n. 164 del 2020, 2.2. del *Considerato in diritto*).

<sup>9</sup> Solo per cenni ci si può limitare a ricordargli snodi essenziali della complessa vicenda. Il TAR Lazio nel 2002 e nel 2011 annullava due concorsi banditi dall'Agenzia delle entrate per l'assunzione di dirigenti. Le posizioni dirigenziali vacanti venivano quindi coperte con contratti a tempo determinato con funzionari dell'Agenzia, in forza di una norma del regolamento di amministrazione che ciò consentiva (con proroghe sino al 31 dicembre 2010). La citata norma regolamentare veniva annullata dal giudice amministrativo per il fatto che le diverse proroghe non consentivano più di ravvisare un'ipotesi di reggenza, per mancanza dei necessari requisiti della straordinarietà e della temporaneità. Nelle more del giudizio d'appello, l'art. 8, comma 24, del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, in relazione all'esigenza urgente di garantire la funzionalità delle Agenzie fiscali, autorizzava le stesse ad espletare procedure concorsuali per la copertura delle posizioni dirigenziali vacanti. La disposizione faceva salvi gli incarichi dirigenziali già affidati a funzionari e ritenuti illegittimi dal giudice amministrativo e consentiva di attribuire nuovi incarichi dirigenziali ai funzionari con contratti di lavoro a tempo determinato. Il Consiglio di Stato sollevava al riguardo questione di legittimità costituzionale in relazione al citato art. 8, in riferimento agli artt. 3, 51 e 97 Cost. La Corte, con la sentenza n. 37 del 2015, constatato che «nessun dubbio può nutrirsi in ordine al fatto che il conferimento di incarichi dirigenziali nell'ambito di un'amministrazione pubblica debba avvenire previo esperimento di un pubblico concorso, e che il concorso sia necessario anche nei casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio» dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma censurata. A seguito della sentenza n. 37 del 2015, le Agenzie fiscali avevano ovviato alla decadenza dei funzionari "reggenti" attribuendo incarichi *ad interim* ai pochi dirigenti di ruolo e deleghe di firma ai funzionari: si trattava di una situazione che dava luogo ad un assetto precario. Si giungeva quindi all'approvazione da parte del Parlamento, in sede di conversione del decreto legge n. 78 del 2015, di un emendamento (art. 4-bis dello stesso decreto), con cui si consentiva alle Agenzie fiscali di annullare le procedure concorsuali per posti dirigenziali già bandite ma non ancora concluse e di indire nuovi concorsi pubblici, per un corrispondente numero di posti, che si sarebbero dovuti concludere entro il 31 dicembre 2016. Entro lo stesso termine, i dirigenti delle Agenzie fiscali avrebbero potuto delegare a funzionari della terza area le funzioni dirigenziali relative agli uffici di cui avessero assunto la direzione *ad interim*. I funzionari, che dovevano comunque avere un'esperienza professionale di almeno cinque anni, sarebbero stati individuati a seguito di una procedura selettiva, tenendo conto della specificità della preparazione, dell'esperienza professionale, delle capacità richieste. L'art. 4-bis del d.l. n. 78 del 2015 è stato oggetto di ripetute modifiche, volte a spostare in avanti sia il termine per l'espletamento dei concorsi pubblici per posti dirigenziali che quello entro cui sarebbe stato possibile delegare ai funzionari della terza area le funzioni relative agli uffici dirigenziali di cui avessero assunto la direzione interinale, termini entrambi fissati al 31 dicembre 2018 dall'art. 1, comma 95, lettera b), della legge n. 205 del 2017. Con l'art. 1, comma 93, della legge n. 205 del 2017, oggetto delle odierne questioni di legittimità costituzionale, si è consentito alle Agenzie fiscali di istituire le POER, i cui titolari possono essere chiamati a svolgere incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione, compresa la responsabilità di uffici operativi di livello non dirigenziale. La legge precisa tutte le caratteristiche che connotano le POER e tutte le funzioni che a tali posizioni possono attribuite. A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 205 del 2017, entrambe le Agenzie fiscali hanno provveduto a modificare i rispettivi regolamenti di amministrazione, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 93, della citata legge. Con particolare riferimento alle funzioni attribuite alle POER, si può rinviare, in particolare, all'art. 18-bis, comma 2, del regolamento di amministrazione delle Agenzie delle entrate e all'art. 15 del regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli.

Sotto il profilo sostanziale, il giudice rimettente rileva che l'art. 1, comma 93, lettere a), b), c) e d), della legge n. 205 del 2017, consentendo alle Agenzie fiscali di istituire «posizioni organizzative per lo svolgimento di incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione» (le cosiddette POER), caratterizzate da poteri di natura dirigenziale e destinate ad essere ricoperte con procedure selettive interne, violerebbe, in primo luogo, l'art. 136 Cost., nella misura in cui replicherebbe il meccanismo già dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sent. n. 37 del 2015<sup>10</sup>. Risulterebbero poi vulnerati anche gli artt. 3, 51 e 97 Cost in quanto l'accesso a tali posizioni organizzative consentirebbe, attraverso una vera e propria progressione verticale, l'ingresso senza concorso pubblico in una nuova fascia funzionale, caratterizzata dall'attribuzione di poteri tipicamente dirigenziali<sup>11</sup>. Le POER, infatti, attribuirebbero poteri di spesa e di acquisizione delle entrate e la complessiva «responsabilità dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di organizzazione delle risorse umane»: si tratterebbe in sostanza di poteri estranei a quelli tipici della terza area e tipici invece della qualifica dirigenziale<sup>12</sup>. Ciò determinerebbe «una vera e propria

<sup>10</sup> Sulla quale si vedano le considerazioni di L. SALTARI, *L'accesso alla dirigenza pubblica per concorso non conosce eccezioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 53 ss.

<sup>11</sup> Il citato art. 1, comma 93, della legge n. 205 del 2017, prevede che l'Agenzia delle entrate e l'Agenzia delle dogane e dei monopoli possono: a) istituire posizioni organizzative per lo svolgimento di incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione, ivi compresa la responsabilità di uffici operativi di livello non dirigenziale, nei limiti del risparmio di spesa conseguente alla riduzione di posizioni dirigenziali; b) disciplinare il conferimento delle posizioni a funzionari con almeno cinque anni di esperienza nella terza area mediante una selezione interna che tiene conto delle conoscenze professionali, delle capacità tecniche e gestionali degli interessati e delle valutazioni dagli stessi conseguite negli anni precedenti; c) attribuire ai titolari delle posizioni il potere di adottare atti e provvedimenti amministrativi, compresi gli atti che impegnano l'Agenzia verso l'esterno, i poteri di spesa e quelli di acquisizione delle entrate rientranti nella competenza dei propri uffici, di livello non dirigenziale, e la responsabilità dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo; d) prevedere l'articolazione delle posizioni secondo diversi livelli di responsabilità, con conseguente graduazione della retribuzione di posizione e, in caso di valutazione positiva, l'attribuzione della retribuzione di risultato sulla base del livello di valutazione annuale riportata; e) disciplinare l'accesso alla qualifica dirigenziale dei rispettivi ruoli mediante procedura concorsuale pubblica per titoli ed esami. In relazione a tali concorsi i candidati dipendenti dell'Agenzia delle entrate e dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli che abbiano svolto per almeno due anni funzioni dirigenziali ovvero incarichi di responsabilità relativi a posizioni organizzative di elevata responsabilità sono esonerati dalla prova preselettiva. La legge precisa, infine, che fino al 50 per cento dei posti messi a concorso può essere riservato al personale assunto mediante pubblico concorso e in servizio presso l'Agenzia delle entrate o l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, con almeno dieci anni di anzianità nella terza area, senza demerito.

<sup>12</sup> Sulla base, in particolare, di quanto previsto dagli artt. 4, comma 2, 16 e 17 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, oltre che dal CCNL del personale delle Agenzie fiscali di data 28 maggio 2004.

progressione di carriera verticale per i dipendenti appartenenti alla terza area», con conseguente violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost., che invece imporrebbero anche in tali casi il concorso pubblico. In particolare, «l'assenza del concorso, consentendo l'accesso ad un ruolo e ad un inquadramento giuridico diverso da quello rivestito, comporterebbe la violazione degli artt. 3 e 97 Cost.; vi sarebbe, poi, una violazione degli artt. 3 e 51 Cost., perché si consentirebbe «l'accesso alle funzioni superiori [...] ai soli funzionari di ciascuna agenzia fiscale» e non a tutti i cittadini in possesso dei requisiti. Ancora, sarebbero violati i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., poiché il concorso pubblico è per sua natura idoneo a selezionare i candidati più preparati e meritevoli»<sup>13</sup>.

Anche l'art. 1, comma, 93, lettera e) della legge n. 205 del 2017 viene censurato, in primo luogo nella parte in cui prevede la possibilità di esonerare dalla prova preselettiva del concorso pubblico per l'accesso alla qualifica dirigenziale i dipendenti delle Agenzie fiscali che abbiano svolto per almeno due anni funzioni dirigenziali o siano stati titolari di POER o di posizioni organizzative speciali temporanee e, in secondo luogo, in quanto viene prevista la possibilità di riservare fino al cinquanta per cento dei posti banditi ai dipendenti delle Agenzie fiscali, assunti mediante concorso pubblico, con almeno dieci anni di anzianità nella terza area, senza demerito. La disposizione in esame violerebbe gli artt. 3, 51 e 97 Cost., poiché attribuirebbe ai menzionati dipendenti delle Agenzie fiscali un vantaggio ingiustificato<sup>14</sup>.

## **2. Il ragionamento della Corte costituzionale.**

Pare opportuno ripercorrere, per sommi capi, il ragionamento che ha condotto la Corte alla dichiarazione di infondatezza delle questioni proposte. La complessa ed

---

<sup>13</sup> Tutte le citazioni sono tratte dalla sent. n. 164 del 2020.

<sup>14</sup> In definitiva, secondo il rimettente l'art. 1, comma 93, lettera e), non sarebbe coerente con il principio del pubblico concorso, perché attribuirebbe una posizione privilegiata ai dipendenti delle Agenzie fiscali, «anche alla luce della contestuale previsione di una cospicua riserva di posti»; sarebbe in contrasto con il principio di eguaglianza, perché, esonerando dalla prova preselettiva anche quanti «vantano la sola anzianità decennale nella terza area alle dipendenze delle Agenzie fiscali», discriminerebbe senza giustificazione «altri dipendenti di altre amministrazioni in possesso di analoghi requisiti»; e violerebbe il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, perché l'esonero non sarebbe determinato dalla necessità di agevolare la speditezza della procedura concorsuale, né di selezionare i candidati più meritevoli (tutte le citazioni sono tratte ancora dalle sent. n. 164 del 2020).

articolata evoluzione della disciplina *sub iudice* muove da un'esigenza di snellimento dell'assetto organizzativo delle Agenzie fiscali. In questa prospettiva sono state introdotte articolazioni interne di uffici di livello dirigenziale, destinate ad operare in ambiti territoriali o funzionali più limitati. Si tratta di strutture che fanno capo a dirigenti di primo e di secondo livello, cui vengono riservate funzioni sostanzialmente spettanti ai dirigenti, il cui numero viene in conseguenza ridotto: le posizioni organizzative in parola sono infatti istituite nei limiti del risparmio di spesa conseguente alla riduzione di posizioni dirigenziali (art. 1, comma 93, lettera a, della legge n. 205 del 2017).

Tale assetto organizzativo, ad avviso della Corte, non implica l'attribuzione di funzioni dirigenziali ai titolari delle POER, come si desume dal confronto tra i compiti a questi spettanti letti in contropiede con quelli spettanti ai dirigenti. L'attribuzione ai titolari delle POER del potere «di adottare atti e provvedimenti amministrativi, compresi gli atti che impegnano l'Agenzia verso l'esterno, i poteri di spesa e quelli di acquisizione delle entrate» (art. 1, comma 93, lettera c) è circoscritta – ad avviso della Corte – ai poteri già rientranti nella competenza dei propri uffici, e «la responsabilità dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati» (art. 1, comma 93, lettera c) non è, a differenza di quanto accade per i dirigenti, «esclusiva» né può definirsi "autonoma". Da questi elementi emergerebbe una posizione di subordinazione gerarchica ai dirigenti dei titolari di POER.

Le funzioni loro spettanti non sono poi equiparabili al più elevato profilo dei dirigenti. La riorganizzazione delle Agenzie fiscali passa per il rafforzamento e la valorizzazione delle competenze e delle professionalità maturate *sul campo* dai funzionari della terza area. Le disposizioni censurate non hanno nemmeno configurato una nuova area intermedia, in quanto trattasi di veri e propri «incarichi» di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione. La non riconducibilità delle POER ad una nuova area trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione – relativa ad analoghe figure organizzative – secondo cui l'attribuzione di tali posizioni non comporta l'inquadramento in una nuova categoria contrattuale, ma solo il conferimento di «incarichi», per loro natura temporanei, con correlato beneficio economico<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> La Corte menziona la sentenza della Cassazione, sezione lavoro, sentenza 15 ottobre 2015, n. 20855, secondo cui «la posizione organizzativa non determina un mutamento di profilo professionale, che rimane invariato, né un mutamento di area, ma comporta soltanto un mutamento di funzioni, le quali cessano al cessare

Sulla base della ricostruzione effettuata, la Corte conclude nel senso che la caratteristica di tale figura, decisiva ai fini della sua classificazione, è la non stabilità di essa, dato incompatibile con un passaggio di area o di ruolo, cui farebbe riscontro l'attribuzione di un nuovo *status* che nel caso appunto non si verifica. Nell'ambito del pubblico impiego l'acquisizione di uno *status* è connotato da una naturale stabilità, che può venire meno solo in casi tassativi: per la dirigenza pubblica ciò è espressione di autonomia e di indipendenza. Le POER correttamente sono state qualificate dall'art. 1, comma 93, lettera a), alla stregua di "incarichi": si tratta quindi di posizioni organizzative che consistono nell'affidamento di semplici incarichi, alla cui cessazione i destinatari riprendono ad esercitare le funzioni proprie della loro area di appartenenza.

Si tratta di una questione a cui, secondo la Corte, non si ataglia la giurisprudenza costituzionale relativa all'obbligo del pubblico concorso. L'applicazione dell'art. 97 Cost. ha infatti come necessario presupposto l'acquisizione di un diverso *status*, che rende ineludibile tale regola proprio alla luce della collocazione della dirigenza in una posizione apicale autonoma e intermedia fra il livello politico e quello burocratico. Tuttavia, non è questo il caso in esame, in cui non già di un'acquisizione di un nuovo *status* si tratta, bensì di attribuzione di incarichi a soggetti che il loro *status* conservano senza soluzione di continuità.

Sulla base delle considerazioni appena riassunte la Corte conclude per l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 93, lettere a), b), c) e d), in riferimento agli artt. 3, 51 e 97 Cost..

L'ulteriore questione sollevata dal TAR Lazio ha ad oggetto l'art. 1, comma 93, lettera e), della legge n. 205 del 2017, che autorizza le Agenzie fiscali a disciplinare l'accesso alla qualifica dirigenziale mediante procedura concorsuale pubblica attribuendo, secondo il rimettente, un vantaggio competitivo ingiustificato al personale interno delle Agenzie fiscali, in violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost.<sup>16</sup>.

---

dell'incarico». La stessa Corte costituzionale, a sua volta, nella sentenza n. 128 del 2020, ha affermato che la «posizione organizzativa» si caratterizza per la «temporaneità dell'assegnazione, cui corrisponde una quota accessoria della retribuzione. Essa può cessare anche prima del tempo indicato, "in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di valutazione negativa della performance individuale"».

<sup>16</sup> La disposizione viene censurata nella parte in cui: 1) esonera dalla (eventuale) prova preselettiva i candidati che, come dipendenti delle Agenzie fiscali, abbiano svolto, per almeno due anni alla data di pubblicazione del bando, funzioni dirigenziali o siano stati titolari di POER o di POT, oppure siano stati assunti mediante pubblico concorso e abbiano almeno dieci anni di anzianità nella terza area, senza demerito; 2) prevede la possibilità che

Da una parte la Corte non ritiene irragionevole l'esonero previsto dalla disposizione censurata per coloro che, attraverso il servizio già prestato nelle Agenzie fiscali, abbiano sufficientemente dimostrato "sul campo" effettive capacità lavorative. Dall'altra parte, in relazione alla riserva di una quota di posti, la Corte ricorda che la propria giurisprudenza non è mai pervenuta ad escludere l'ammissibilità di riserve parziali di posti poiché ciò comporterebbe un sostanziale disconoscimento del potere di fare eccezione alla regola attribuito al legislatore dallo stesso art. 97, comma 4, Cost., precisando al contempo che è però necessario trovare un ragionevole punto di equilibrio tra il principio del pubblico concorso e l'interesse a consolidare pregresse esperienze lavorative presso l'amministrazione medesima, conformemente al principio di buon andamento. Si è quindi riconosciuto, sulla base di alcuni precedenti, che una riserva ai dipendenti interni è legittima, nel limite anche del 50 per cento<sup>17</sup>. Ne consegue, conclude la Corte, che la riserva prevista dalla disposizione censurata, oltre ad essere in linea con il quadro normativo di riferimento, è conforme ai principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale.

### **3. Gli aspetti processuali della vicenda: la convocazione di esperti di chiara fama.**

Come accennato, la sentenza in esame conosce alcune particolarità processuali: la sostituzione del giudice relatore, la non comune articolazione dell'intervento della parte pubblica, l'emanazione di un comunicato stampa all'esito della decisione e prima della pubblicazione della sentenza, l'audizione di "esperti di chiara fama" ai sensi dell'art. 14-*bis* della Norme integrative. Come è noto, se non altro per l'attenzione che tale pacchetto di modifiche ha suscitato nella dottrina<sup>18</sup>, in esso prevede la possibilità di disporre l'audizione di esperti, quando la Corte «ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline»<sup>19</sup>. Con l'ordinanza 27 febbraio 2020 la Corte mette già in atto, con singolare prontezza, lo strumento

---

fino al cinquanta per cento dei posti sia riservato al personale assunto mediante pubblico concorso, con almeno dieci anni di anzianità nella terza area, senza demerito (cfr. ancora la sent. n. 164 del 2020).

<sup>17</sup> Corte cost., sent. n. 234 del 1994.

<sup>18</sup> Tra gli interventi più strutturati, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista Aic*, 2/2020, 403 ss. Cfr. anche, volendo G.P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, 621 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

<sup>19</sup> Così Art. 14-*bis*, Norme integrative dei giudizi davanti alla Corte costituzionale.

istruttorio appena introdotto, offrendo inevitabilmente alcuni prime, significative, indicazioni, sulle caratteristiche dell'istituto di nuovo conio<sup>20</sup>.

Nell'ordinanza di *convocazione di esperti* la Corte da una parte succintamente spiega le ragioni del ricorso a tale mezzo istruttorio, formulando i conseguenti quesiti, e, dall'altra parte, fornisce indicazioni sul prosieguo processuale dell'incidente istruttorio. Riguardo ai quesiti la Corte ritiene «di dover acquisire ulteriori e specifiche informazioni in relazione alle *esigenze organizzative delle agenzie fiscali, alle mansioni assegnate al personale e alle modalità di selezione dello stesso, con particolare riferimento a presupposti e ricadute della introduzione delle cosiddette posizioni organizzative di elevata responsabilità*»<sup>21</sup>. Il cuore della questione, così come sopra illustrata, e come del resto testimoniato dal precedente prossimo della sentenza n. 37 del 2015, riguarda l'equiparabilità dei titolari di POER alla figura del dirigente e la compatibilità con le regole del pubblico concorso delle agevolazioni previste per l'accesso a tale ruolo in favore dei dipendenti dell'Agenzia. Il dubbio nasce spontaneo: sembra infatti trattarsi di questioni di natura giuridica e quindi, in relazione ad esse, potrebbe apparire un fuor d'opera ogni acquisizione istruttorio, *in re ipsa* preclusa in ragione appunto della natura della *quaestio*<sup>22</sup>.

Giova guardare più da vicino i quesiti.

La Corte ha in sostanza posto agli esperti quattro quesiti:

- quali siano le esigenze organizzative delle Agenzie fiscali che comportano la necessità di creare la nuova figura lavorativa delle posizioni organizzative di elevata responsabilità (POER);
- quali siano le mansioni assegnate al personale chiamato a ricoprire tali posizioni organizzative;
- quali siano le modalità di selezione per queste figure professionali;
- quali siano i presupposti e le ricadute dell'introduzione delle POER.

---

<sup>20</sup> Si tratta di un istituto che completa la disciplina dell'attività istruttorio davanti alla Corte costituzionale, attività per vero non particolarmente praticata nel giudizio sulle leggi. Su tale attività cfr. almeno, anche per ulteriori riferimenti, T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997 G. FERRO, *Modelli processuali ed istruttorio nel giudizio di legittimità costituzionale*, Torino, 2012.

<sup>21</sup> Ordinanza di convocazione di esperti dd. 27 febbraio 2020 della Corte costituzionale.

<sup>22</sup> L'art. 14-bis ragiona di «specifiche discipline» come oggetto dei quesiti da porre agli esperti: si tratta di una locuzione troppo ampia che in astratto potrebbe ricomprendere, come in dottrina si è osservato, anche quesiti di carattere giuridico «il che costituirebbe una deroga al consolidato principio del *juranovit curia*»: così M. LUCIANI, op. cit., 416.

Il secondo e il terzo quesito pare rivestano carattere squisitamente giudico. In relazione alle mansioni assegnate al personale investito della posizione organizzativa di elevata responsabilità, esse sono previste dalla legge istitutiva delle POER e cioè dall'art. 1, comma 93, lett. a), b), c), d) ed e) della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio per l'anno 2018). Il problema è quindi, nella prospettiva dei dubbi di costituzionalità sollevati, comparare mansioni dirigenziali e mansioni spettante alle POER, alla luce anche del d.lgs. n. 165/2001 (Testo Unico del Pubblico Impiego).

Anche con riguardo alla questione concernente le modalità di selezione del personale adibito alle POER, si può osservare che, trattandosi di una figura lavorativa appartenente al pubblico impiego, la selezione dovrebbe inevitabilmente seguire la regola del concorso pubblico *ex art. 97*, comma 4 della Costituzione, regola ribadita dal d.lgs. n. 165/2001. Il dubbio risiede nel rispetto del dettato costituzionale sull'accesso al pubblico impiego tramite concorso (art. 97, comma 4 Cost.) con specifico riferimento alle figure delle POER: si tratta di una questione che non può non avere natura giuridica.

Dubbi potrebbero astrattamente porsi sul primo e sull'ultimo quesito. Le "esigenze organizzative" cui la Consulta fa riferimento paiono riguardare aspetti di organizzazione del lavoro all'interno delle Agenzie fiscali che sembrano rimandare al concetto di *management*, termine mutuato dalle scienze aziendalistiche. Va tuttavia ricordato che l'art. 97, comma 2 della nostra Carta fondamentale prevede che «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione*». Non pare azzardato sostenere che il principio di buon andamento non è che un modo per declinare, all'interno del lavoro pubblico, i concetti di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. Se così fosse, il richiamo della Corte Costituzionale alle esigenze organizzative delle Agenzie fiscali non sarebbe che un modo per fare riferimento all'efficienza, efficacia ed economicità delle medesime Agenzie nel loro concreto operare e quindi, in fin dei conti, né più né meno che al "buon andamento" di cui all'art. 97 della Costituzione. Per dare concreta attuazione all'efficienza, efficacia ed economicità sono dunque necessarie le figure delle POER? In questa prospettiva si può anche osservare che il riferimento alle esigenze organizzative delle Agenzie fiscali non fa che evidenziare la natura giuridica del quesito se non altro per il riferimento, pur indiretto, all'art. 97, comma 2, Cost. Il quarto ed ultimo quesito ha

ad oggetto due aspetti distinti: i presupposti e le ricadute dell'introduzione della POER: anche in relazione a questo quesito potrebbero affacciarsi dubbi. La legge istitutiva delle POER ha come obiettivo la riduzione del numero dei dirigenti e la loro sostituzione con un maggiore numero di POER in un'ottica di riduzione dei costi. Il costo delle POER, circa la metà del costo dei dirigenti sostituiti, unitamente ad una progressiva riduzione del numero dei dirigenti, avrebbe realizzato un considerevole risparmio di spesa. Il meccanismo delineato poteva avere il vantaggio, nell'ottica del legislatore, di avere a disposizione un maggior numero di dipendenti delle Agenzie fiscali in posizione di coordinamento e responsabilità di uffici in modo da potere meglio garantire il buon andamento dell'azione amministrativa, senza maggiori oneri per il bilancio dello Stato. Pur essendo anche in questo caso il nesso non immediato, sembra nondimeno che il concetto di buon andamento dell'amministrazione, declinato in termini di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, come conseguenza dell'introduzione delle POER, non sia affatto estraneo a questo quesito, che finirebbe quindi per coinvolgere profili giuridico e non meramente "organizzativi".

In definitiva, e al netto di qualche incertezza sull'ultimo dei quesiti formulati, si può concludere che essi rivestano natura eminentemente giuridica in quanto attinenti alle discipline del pubblico impiego così come delineate dall'articolo 97 della Costituzione e dal d.lgs. n. 165/2001.

Ci si potrebbe poi legittimamente interrogare sulla strumentalità dei quesiti formulati (le risposte, come osservato, non sono conoscibili...) rispetto alla risoluzione della questione e, ancora, sullo specifico oggetto di questi quesiti. Si tratta per vero di profili che si intersecano. Ad onta della laconicità delle espressioni utilizzate dalla Corte, sembra lecito sostenere che gli unici quesiti correlati alla decisione finale delle questioni sul tappeto siano due: quello sulle mansioni assegnate, da leggere in controtuce naturalmente con le mansioni spettanti alla dirigenza, e quello relativo alla modalità di selezione delle figure professionali in parola, al fine di appurarne la conformità con le regole costituzionali del pubblico concorso. E' singolare osservare che i soli quesiti che rivelano un certo nesso di funzionalità (almeno in astratto) rispetto alla decisione finale sono quelli che rivelano un connotato indubitabilmente giuridico e quindi, come osservato, non potrebbero nemmeno essere posti, almeno secondo le regole processuali comuni, che appunto si

oppongono alla formulazioni di quesiti che rivestano carattere giuridico anziché tecnico-scientifico<sup>23</sup>.

Le altre questioni appaiono caratterizzate, oltre che da una estrema latitudine di apprezzamento, da una tenue e comunque non illustrata funzionalità rispetto all'oggetto della decisione. Sia il quesito sulle *esigenze organizzative delle agenzie fiscalisia* quello sui *presupposti* e sulle *ricadute della introduzione delle posizioni organizzative di elevata responsabilità* non paiono invero prestarsi a valutazioni rigorosamente "oggettive", e tanto meno appaiono inquadrabili in quel paradigma di "scientificità" a cui la formulazione della nuova norma integrativa sembrerebbe spianare la strada, come in dottrina non si è mancato di osservare<sup>24</sup>.

Non si può non ribadire le questioni poste agli esperti non sembrano rispondere a rigorosi criteri di delimitazione dell'oggetto. A fonte di quesiti che dovrebbero auspicabilmente risultare circoscritti nel loro oggetto, nel caso in esame l'individuazione dei temi di prova non è parsa sufficientemente dettagliata e rispondente a un rigido nesso di strumentalità rispetto alla decisione da assumere, contrariamente all'*iter* seguito in altre recenti occasioni dalla Corte in relazione ad attività istruttorie esperite facendo ricorso agli strumenti tradizionali<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> È da ritenere, in realtà, che la Corte, all'atto di approvare le norme in parola, non abbia inteso discostarsi dalle comuni regole processuali, espressione per vero di un consolidato principio secondo cui le questioni giuridiche esulano da quelle sottoponibili alla consulenza tecnica d'ufficio. Di competenze tecniche diverse da quelle giuridiche ragiona, ad esempio, Cassazione, sent. 22 gennaio 2016, n. 1186, che al riguardo allude ad un «consolidato e condiviso indirizzo» della Corte stessa. In senso analogo Cassazione, 6 dicembre 2019, n. 31886. Si tratta di un orientamento così radicato che la Suprema Corte è giunta a ritenere che il «conferimento al consulente, da parte del pubblico ministero, di un incarico volto alla valutazione o alla qualificazione giuridica di fatti penalmente rilevanti, configura l'illecito disciplinare previsto dall'art. 2, comma 1, lett. O) del D. lgs. n. 109 del 2006, di indebito affidamento ad altri di attività propria del magistrato»: così Cassazione, SS.UU., 31 marzo 2015, n. 6495. In dottrina si è sostenuto – e la constatazione sembra *in toto* da sottoscrivere – che nell'istruttoria davanti alla Corte le regole processuali dovrebbero essere puntualmente osservate: in questo senso G. FERRO, op. cit., spec. 258 ss.

<sup>24</sup> Di questioni di carattere "scientifico" ragiona a più riprese P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 22 gennaio 2020. Per il carattere *scientifico* dei quesiti da porre agli esperti propendono, tra gli altri, M. LUCIANI, op. cit.; G. L. CONTI, *La Corte si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1/2020, 96; sul punto si sofferma anche, a più riprese, A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, , 13 ss.

<sup>25</sup> Un esempio virtuoso di particolare accuratezza nella formulazione dei quesiti è fornito dalla Corte nella sent. n. 197 del 2019; la sua strumentalità rispetto alla decisione è ampiamente testimoniata poi dalla motivazione della pronuncia che è seguita alla parentesi istruttoria, cioè la sent. n. 62 del 2020. Sulla prima delle decisioni citate si può vedere G.P. DOLSO, *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Le Regioni*, 1/2020, 134 ss.

Il tutto è aggravato dal fatto che il primo utilizzo di questo strumento avrebbe potuto (e forse dovuto) fornire l'occasione per chiarire alcuni tasselli che la norma di recente emanata lascia in ombra, tra i quali rientra indubbiamente il rapporto tra questo strumento e l'istruttoria tradizionale<sup>26</sup>. Sulle condizioni che hanno consigliato la Corte il ricorso all'audizione piuttosto che una richiesta di istruttoria ai sensi dell'art. 12 N.I., che per vero avrebbe potuto essere utilmente diretta al Ministero competente, la Corte nulla fa trapelare, accreditando un utilizzo alternativo (o casuale?) dei due mezzi istruttori<sup>27</sup>. Che la scelta tra l'uno e l'altro strumento vada motivata, o per lo meno in qualche misura giustificata, deriva anche dal fatto che le garanzie a tutela delle parti costituite è di certo più piena con riguardo all'ipotesi di istruttoria *strictosensu* intesa<sup>28</sup>. Mentre infatti a norma dell'art. 14-bis, gli esperti vengono sentiti in camera di consiglio alla quale possono sì partecipare le parti costituite, ma con l'unica facoltà, rimessa all'autorizzazione presidenziale, di rivolgere domande agli esperti, con riguardo all'istruttoria tradizionale le parti sono rese edotte della istruttoria disposta e alle stesse è comunicato il deposito degli atti conseguenti l'istruttoria, i quali vengono depositati in cancelleria al fine di consentire alle parti di prenderne visione<sup>29</sup>.

L'attivazione di questo inedito strumento istruttorio poteva quindi fornire l'occasione per delineare, nel silenzio della norma, un *iter* procedurale che illuminasse i contorni schiettamente processuali dell'istituto il quale, stante la laconicità della previsione normativa, appare tutto da costruire. Se si potrebbe legittimamente porre il problema della documentazione dell'attività istruttoria espletata, la Corte non si limita –nell'ordinanza che l'istruttoria dispone– a rimanere silente sul punto, ma esclude espressamente ogni forma di verbalizzazione<sup>30</sup>. Al riguardo, infatti, è previsto che "l'audizione", in camera di consiglio, «avverrà solo in

---

<sup>26</sup> L'intervento a livello giurisprudenziale è vieppiù necessario alla luce del fatto che la normativa relativa all'istruttoria fornisce una disciplina certamente a maglie larghe, che quindi ha da essere precisata a livello giurisprudenziale: sul punto, tra gli altri, A. CARIOLA, *La prova nel processo costituzionale*, in I. BARBAGALLO, (a cura di), *Le prove*, Torino, 2007, 117.

<sup>27</sup> Dubbi sul punto sono espressi anche da G. L. CONTI, op. cit., specie nota n. 26.

<sup>28</sup> A. CERRI, *Note minime sulla recente riforma delle norme integrative*, in *Giur. cost.*, 1/2020, 484 ss., che si sofferma sui profili legati al rispetto del principio del contraddittorio.

<sup>29</sup> Si tratta di una disciplina (quella prevista dagli artt. 12-14 N.I.) che, pur migliorabile, fornisce una tutela del contraddittorio certamente più intensa rispetto a quella di cui all'art. 14-bis N.I.

<sup>30</sup> Il punto è toccato da A. IANNUZZI, op. cit., critico anche sulla scelta della camera di consiglio come sede di espletamento dell'incombente istruttorio.

forma orale e sarà videoregistrata ad uso esclusivo della Corte»<sup>31</sup>. In effetti si tratta di una inedita formula: si prevede una documentazione di un'attività istruttoria disposta dalla Corte; ma, pur tuttavia, tale documentazione non è attingibile dalle parti ma rimane nella esclusiva disponibilità della Corte stessa. Non si comprende, poi, se si tratti di una decisione da prendere caso per caso, sulla base di criteri che rimangono del tutto ignoti e indefiniti, oppure se tale *iter* costituisca un segmento di una procedura che la Corte seguirà anche nelle future occasioni ove tale strumento verrà impiegato. Nell'un caso e nell'altro la soluzione appare problematica: nel primo in quanto appare inusuale fare dipendere l'*iter* processuale da una decisione presa di volta in volta dalla Corte in assenza di criteri (*ex antea* fissati) e senza alcuna motivazione (almeno *ex post* fornita); nel secondo in quanto si tratta di un *iter* che non pare coerente con la piena realizzazione del contraddittorio che viene in qualche misura sacrificato in assenza di apprezzabili ragioni che possano giustificare un'attenuazione di tutela.

Anche sotto il delicato profilo della scelta "esperti", aspetto su cui pure si erano appuntati i dubbi della dottrina, nel caso in esame nulla trapela in ordine alle modalità di individuazione di essi. Sul fatto che la scelta spetti alla Corte, in assenza di interlocuzione con le parti, si può anche convenire; sulla assoluta assenza di giustificazione della scelta fatta si possono invero nutrire dubbi. Se la norma ragiona di esperti di chiara fama è chiaro che non si tratta di una scelta del tutto *libera* ma comunque limitata al rispetto di un requisito –pur a maglie larghe– dalla stessa norma previsto. La necessità di fornire dimostrazione del rispetto di tale condizione, unitamente all'opportunità di realizzare una maggiore trasparenza dell'*iter* decisorio, suggerirebbero un onere di motivazione della Corte sul punto anche semplicemente attraverso la messa a disposizione (in allegato all'ordinanza che dispone l'audizione, oppure, alla luce della prassi invalsa, per mezzo di un comunicato stampa) degli elementi che possano fornire una giustificazione della scelta operata, ad esempio il *curriculum vitae* dell'esperto<sup>32</sup>.

Si tratta di dubbi e perplessità che vengono alimentati dall'epilogo della vicenda. Se infatti si guarda alla decisione finale successiva all'audizione degli esperti, ci si

<sup>31</sup> Così la citata ordinanza della Corte dd. 27 febbraio 2020.

<sup>32</sup> Sul procedimento di individuazione degli esperti si sofferma A. SCHILLACI, *La "porta stretta": qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla "società civile"*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 31 gennaio 2020.

avvede che, al di là della pedissequa ricostruzione delle varie scansioni procedurali, nulla in verità trapela in ordine al contenuto dell'audizione. Ad onta della registrazione di essa, «ad esclusivo uso della Corte», di fatto nella motivazione della sentenza praticamente nessun riferimento compare al contenuto di tale audizione. Di tale audizione si può rinvenire un'unica labilissima traccia nella cornice della motivazione, nel passo in cui si fa riferimento alla complessa evoluzione della disciplina di riorganizzazione delle Agenzie fiscali «improntata a criteri di snellimento e agilità operativa, ritenuta più consona alla naturale dinamicità dei rapporti economici nazionali e internazionali [...] e più idonea al raggiungimento di obiettivi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa di questo settore»; «in questo senso –prosegue la Corte- come più volte sottolineato dagli esperti nella camera di consiglio del 27 maggio 2020, si sono espresse anche l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) [...] e il Fondo monetario internazionale (FMI)»<sup>33</sup>.

Delle due l'una: o l'audizione non ha minimamente influito sulla decisione; oppure ha fornito elementi utili che però sono stati in qualche modo fatti propri dalla Corte senza dare atto delle acquisizioni istruttorie e della loro funzionalità rispetto alla decisione finale della *quaestio*. In entrambi i casi il primo esperimento di tale inedito mezzo istruttorio non sembra aver lasciato alcun segno, almeno visibile, nella cornice della motivazione della sentenza<sup>34</sup>.

Se è vero che, come per altre innovazioni introdotte, l'istituto dell'*amicus curiae* in *primis*, la giurisprudenza rimane decisiva per la conformazione dell'istituto, occorre constatare che il primo impiego della audizione di esperti art. 14 *bis* N.I. non pare avere fornito elementi particolarmente promettenti. Ma, occorre ribadire, è solo un primo tassello: la giurisprudenza che verrà potrà certamente riprendere il discorso e contribuire a fornire del nuovo istituto una diversa fisionomia, più trasparente da una parte, più funzionale rispetto alla decisione finale, dall'altra.

<sup>33</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 164 del 2020 (mio il corsivo).

<sup>34</sup> Sul rapporto, nel contesto della motivazione che viene definita *materiale*, tra enunciati della decisione e prove assunte nel corso della fase istruttoria del processo, cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari-Roma, 2009, 238 ss. In questo, senso, con specifico riferimento al giudizio di costituzionalità, si vedano anche le opportune considerazioni di G. FERRO, *op.cit.*, 312, 313.

#### 4. I profili sostanziali.

Venendo ai profili sostanziali della vicenda, appaiono sufficienti alcuni cenni, lasciando ai cultori del lavoro pubblico una più ponderata analisi della questione. In sostanza il legislatore da diversi anni a questa parte, nel tentativo di rendere più funzionale il lavoro delle Agenzie fiscali, e per sopperire alla carenza di posizioni dirigenziali *strictosensu* intese, ha tentato di creare posizioni professionali di elevata professionalità che svolgessero (anche) funzioni normalmente spettanti a figure di livello dirigenziale. Ciò il legislatore ha fatto con una normativa già finita alcuni anni or sono sotto la lente del Giudice delle leggi. Nell'occasione la Corte aveva decretato l'illegittimità costituzionale delle norme introdotte constatando che alle figure di nuovo conio finivano per competere funzioni tipicamente dirigenziali per un tempo in sostanza indefinito. L'accesso a tali posizioni, inoltre, violava le norme costituzionali in materia di pubblico concorso<sup>35</sup>.

Il legislatore ha tuttavia più di recente riproposto un analogo schema dando luogo a figure ancora accomunate, sotto diversi profili, ai dirigenti, anche in questo caso prevedendo corsie privilegiate di accesso ai ruoli per i dipendenti delle Agenzie delle entrate, rispetto ai quali anche le prove concorsuali risultano alleggerite.

Il nodo centrale della pronuncia della Corte consiste quindi nell'inquadramento delle «posizioni organizzative per lo svolgimento di incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione», di cui al ricordato art. 1, comma 93, della legge n. 205/2017. Si tratta, in particolare, di verificare se tali figure finiscono per coincidere con la figura del dirigente pubblico (artt. 16 e 17 d.lgs. n. 165/2001). Le caratteristiche delle POER sono così riassumibili:

- si tratta di posizioni affidate, previa selezione interna, a funzionari interni con almeno cinque anni di anzianità nella terza area;
- i titolari delle nuove posizioni possono adottare atti e provvedimenti aventi rilevanza anche esterna, atti di spesa e di entrata e infine atti gestionali ed organizzativi;
- è prevista una retribuzione di risultato;

---

<sup>35</sup> Si tratta della già citata sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2015.

- si prevede infine che, ai fini dell'accesso alla qualifica dirigenziale "a regime", i dipendenti interni che per almeno due anni abbiano svolto funzioni dirigenziali oppure siano stati titolari delle nuove posizioni organizzative ad elevata responsabilità, sono esonerati da eventuale prova preselettiva; inoltre ai dipendenti interni con dieci anni di anzianità nella terza area viene riservato il 50% dei posti messi a concorso.

Il Giudice remittente individua tre profili di possibile incostituzionalità:

1. in primo luogo, ipotizza la violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost. da parte delle lett. a), b), c) e d) dell'art. 1, comma 93, L. n. 205/2017, in quanto i titolari delle POER svolgerebbero vere e proprie funzioni dirigenziali, le competenze loro assegnate non rientrando tra i poteri tipici dei funzionari di terza area;
2. in secondo luogo, lamenta la violazione dell'art. 136 Cost. nella misura in cui l'istituzione dei POER determina la violazione del giudicato di cui alla citata sent. 37 del 2015 della Corte;
3. infine, si evocano ancora gli artt. 3, 51 e 97 Cost., vulnerati nella parte in cui si prevedono, ai fini dell'accesso alla qualifica dirigenziale, condizioni di favore per i dipendenti delle Agenzie che per almeno due anni abbiano svolto funzioni dirigenziali oppure siano stati titolari di POER, oltre a prevedere, per dipendenti interni con dieci anni di anzianità nella terza area, una riserva del 50% dei posti messi a concorso.

La Corte Costituzionale, dopo una minuziosa ricostruzione della complessa vicenda, alla luce della difesa, accuratissima, dell'Avvocatura dello Stato, sulla base delle audizioni degli esperti, giunge alla conclusione, evidentemente non condivisa dal Giudice relatore, che le POER sono una categoria lavorativa avente caratteristiche proprie, non assimilabile alla dirigenza pubblica. Si tratta di una conclusione che solleva più di qualche dubbio alla luce della giurisprudenza di legittimità che dell'inquadramento della figura professionale del dirigente pubblico si è negli anni molto occupata dando luogo ad orientamenti ad oggi piuttosto consolidati.

Due sono i profili su cui vale la pena di soffermarsi brevemente: in primo luogo la ricognizione dei principi giurisprudenziali impiegati per delineare l'inquadramento del dirigente pubblico; in secondo luogo, la disciplina dell'accesso e della progressione di carriera del dirigente pubblico.

Muovendo dal presupposto secondo cui la «la riforma della dirigenza pubblica è stata caratterizzata dal passaggio da una concezione della dirigenza intesa come *status*, quale momento di sviluppo della carriera dei funzionari pubblici, ad una concezione della stessa dirigenza di tipo funzionale»<sup>36</sup>, la Cassazione è entrata nel merito del rapporto di lavoro del dirigente, statuendo che è necessario distinguere il profilo del rapporto di lavoro in senso stretto, di norma a tempo indeterminato, da quello dell'*incarico* dirigenziale, a carattere temporaneo<sup>37</sup>. La Suprema Corte già da tempo ha sottolineato il fatto che nell'impiego pubblico contrattualizzato esiste una scissione fra l'acquisizione della qualifica di dirigente ed il successivo conferimento delle funzioni dirigenziali<sup>38</sup>.

Nel generale inquadramento della figura del dirigente pubblico, la Cassazione avuto poi modo di pronunciarsi sul trattamento economico di cui beneficia, chiarendo i confini della retribuzione di posizione e della retribuzione di risultato e pronunciandosi sulla non automaticità di quest'ultima.<sup>39</sup> La giurisprudenza di legittimità ha poi precisato che i compiti dei dirigenti, connessi all'attribuzione di responsabilità per il raggiungimento di obiettivi e la determinazione dell'indirizzo e la gestione degli uffici, si differenziano da quelli dei funzionari, a cui sono estranei gli obblighi di risultato dei primi, dirigendo essi l'ufficio loro assegnato secondo gli ordinari criteri di gestione<sup>40</sup>.

I tratti distintivi della dirigenza pubblica, alla luce del d.lgs. n. 165/2001 si possono così sintetizzare:

- potere di adottare atti e provvedimenti amministrativi, compresi gli atti che impegnano la pubblica amministrazione verso l'esterno;
- poteri di spesa e poteri di acquisizione delle entrate rientranti nella competenza dei propri uffici;
- responsabilità dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati;

---

<sup>36</sup> Così Cassazione, sez. Lavoro, n. 8674 del 2018. In termini cfr. pure Cassazione, sentt. n. 29817 del 2008 e n. 27888 del 2009.

<sup>37</sup> Il riferimento è a Cassazione, sez. Lavoro, sent. n. 20840 del 2019,

<sup>38</sup> Così, tra le altre, Cassazione, sez. Lavoro, 10 febbraio 2007, n. 2233; Cassazione, sez. Lavoro, 29 luglio 2013, n. 18198. Dalla scissione indicata nel testo viene di fatto desunta «l'insussistenza di un diritto soggettivo del dirigente pubblico al conferimento di un incarico dirigenziale» (Cassazione, sez. Lavoro, n. 8674 del 2018).

<sup>39</sup> In giurisprudenza si è al riguardo affermato che «la retribuzione di posizione riflette il livello di responsabilità attribuito con l'incarico di funzione, mentre la retribuzione di risultato corrisponde all'apporto del dirigente in termini di produttività o redditività della sua prestazione»: così Cassazione, sez. Lavoro, con sent. 31 gennaio 2018, n. 2462.

<sup>40</sup> In questo senso, ad esempio, Cassazione, sez. Lavoro, sent. n. 8529 del 2006.

- poteri di gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa mediante autonomi poteri di organizzazione delle risorse umane e strumentali;
- potere di controllo sull'attività degli uffici dipendenti;
- potere di delega di funzioni dirigenziali;
- potere di valutazione del personale assegnato;
- sottoposizione alla responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001.

L'accesso al ruolo dirigenziale viene disciplinato dagli artt. 28 e 28-*bis* del d.lgs. n. 165/2001 in cui viene statuito che la qualifica di dirigente si acquista attraverso due diversi canali di accesso: concorso pubblico per titoli ed esami e corso-concorso selettivo di formazione. In relazione all'accesso alla qualifica dirigenziale, si registrano interventi sia della Corte Costituzionale che la Corte di Cassazione.

La prima, ad esempio con la sentenza n. 453 del 1990 (e di poi con la sent. n. 293 del 2009), ha riconosciuto al concorso pubblico la forma generale e ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, ribadendo l'indefettibilità di tale forma di accesso, in sintonia con i principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento di cui agli artt. 3 e 97 della Costituzione<sup>41</sup>.

Anche la Corte di Cassazione si è pronunciata sul punto statuendo che «il concorso pubblico costituisce la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto meccanismo strumentale all'efficienza dell'Amministrazione, e che a tale regola può derogarsi solo in presenza di peculiari situazioni giustificatrici, nell'esercizio di una discrezionalità che trova il suo limite nella necessità di garantire il buon andamento della pubblica Amministrazione ed il cui vaglio di costituzionalità passa attraverso una valutazione di ragionevolezza del legislatore»<sup>42</sup>. La Cassazione ha poi statuito che «la procedura concorsuale costituisce l'atto presupposto del contratto individuale, del quale condiziona la validità, sicché, sia l'assenza sia l'illegittimità delle operazioni concorsuali si risolvono nella violazione della norma inderogabile dettata dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001, attuativo del principio costituzionale affermato dall'art. 97, comma 4, della Carta fondamentale»<sup>43</sup>. L'accesso quindi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni a

<sup>41</sup> Corte Cost., sentt. n. 134 del 2014, n. 28 del 2013, nn. 99, 212 del 2012.

<sup>42</sup> In questo senso Cassazione, sez. lav., sent. n. 11537 del 2020, secondo cui la regola del pubblico concorso «può ritenersi rispettata solo qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie ed irragionevoli forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi».

<sup>43</sup> Cassazione, sez. Lavoro, sent. n. 30992 del 2019 (che a sua volta richiama la sentenza n. 13884 del 2016).

funzioni anche dirigenziali non si sottrae, in linea di principio, alla regola del pubblico concorso, non risultando “ragionevoli” norme che prevedano scivolamenti automatici verso posizioni superiori in difetto di procedure concorsuali oppure in mancanza di adeguate selezioni, né sono stati di norma ritenuti ammissibili concorsi interni per la copertura della totalità dei posti vacanti<sup>44</sup>.

La stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 37 del 2015, ha dichiarato l’illegittimità delle procedure riservate ai funzionari dell’Agenzia delle Entrate per accedere alla dirigenza, sulla base della considerazione secondo cui «i contratti non sono [...] assegnati attraverso il ricorso ad una procedura aperta e pubblica, conformemente a quanto richiesto dagli articoli 3, 51 e 97 della Costituzione»<sup>45</sup>.

Da tempo le posizioni organizzative istituite presso l’Agenzia delle Entrate sono oggetto di contenzioso, che ha dato anche luogo a questioni di legittimità costituzionale sollevate davanti alla Corte Costituzionale. Se con la sentenza n. 37 del 2015 la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l’art. 8, comma 24 del decreto legge n. 16/2012, cioè la disposizione che istituiva presso le Agenzie delle entrate la figura delle posizioni organizzative temporanee (conosciute come POT), con la pronuncia n. 164 del 2020 ha invece ritenuto legittimo l’art. 1, comma 93 della legge n. 205/2017 che istituiva una tipologia molto simile di figura professionale che istituiva figure sostanzialmente simili, le più volte menzionate POER.

Si può ora tentare di esaminare brevemente quali siano gli elementi che accomunano o che distinguono queste due figure professionali. Le POT sono state create per coprire temporaneamente posizioni dirigenziali vacanti, nelle more dell’espletamento delle procedure concorsuali per l’accesso alla qualifica dirigenziale all’interno delle Agenzie fiscali. Istituite con il decreto legge n. 16/2012, sono contrassegnate dai caratteri di straordinarietà e temporaneità, come la Corte costituzionale ha rimarcato nella sent. n. 37 del 2005.

Le POER sono state invece istituite sulla base della dichiarata volontà di ridurre le posizioni dirigenziali all’interno delle Agenzie fiscali, in un’ottica di contenimento della spesa e di snellimento dell’attività della pubblica amministrazione.

---

<sup>44</sup> Nel senso indicato, Cassazione, sez. Lavoro, sent. n. 20915 del 2019; analogamente Corte cost., sentt. nn. 218 del 2002, n. 373 del 2002, n. 274 del 2003, n. 159 del 2005 e n. 195 del 2010. Ma sul punto si deve ricordare anche la più volte citata sent. n. 37 del 2015 della Corte costituzionale.

<sup>45</sup> Nello stesso ordine di idee la Cassazione più volte ha confermato che «nell’ambito del pubblico impiego contrattualizzato il conferimento di mansioni dirigenziali ad un funzionario direttivo è illegittimo» (così Cassazione, Sez. Lavoro, sentt. n. 13597 del 2009, n. 10027 del 2007, n. 8529 del 2006).

Un'ulteriore differenza consiste nel fatto che, con riferimento alle POT, si ragiona di «*attribuzione di incarichi dirigenziali ai propri funzionari*»<sup>46</sup>, con riguardo alle POER, si tratta di una figura lavorativa a sé stante, disciplinata dall'art. 1, c. 93, L. n. 205/2017 che la delinea come una posizione organizzativa avente in fin dei conti poteri e funzioni dirigenziali. Tale differenza non sembra avere conseguenze sostanziali, atteso che il contenuto *effettivo* delle funzioni attribuite alle posizioni organizzative di prima e seconda generazione appaiono sotto più versi accumulabili.

L'attribuzione di funzioni dirigenziali, tipica delle POT, richiama i tratti distintivi della categoria dirigenziale meglio indicati dall'art. 17 del d.lgs. n. 165/2001:

- potere di adottare atti e provvedimenti amministrativi, compresi gli atti che impegnano la pubblica amministrazione verso l'esterno;
- poteri di spesa e poteri di acquisizione delle entrate rientranti nella competenza dei propri uffici;
- responsabilità dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati;
- poteri di gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa mediante autonomi poteri di organizzazione delle risorse umane e strumentali;
- potere di controllo sull'attività degli uffici dipendenti;
- potere di delega di funzioni dirigenziali;
- potere di valutazione del personale assegnato;
- temporaneità dell'incarico;
- sottoposizione alla responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001.

Va poi rimarcato che, sempre secondo l'art. 8, comma 24, d.l. n. 16/2012, «ai funzionari cui è conferito l'incarico compete lo stesso trattamento economico dei dirigenti», ricomprendente sia la retribuzione di posizione che quella di risultato.

Da quanto esposto, è quindi evidente come, nel concreto, le funzioni affidate alle posizioni organizzative di prima e di seconda generazione risultino avere più profili di comunanza che di differenza e quindi, essendo le caratteristiche delle prime molto simili a quelle dei dirigenti, non è revocabile in dubbio che anche le POER finiscano per avere diversi tratti in comuni con le figure dirigenziali<sup>47</sup>. E a questo riguardo non

<sup>46</sup> Cfr. art. 8, c. 24, d.l. n. 16/2012 così come modificato dall'art. 1, c. 1. L. n. 44/2012.

<sup>47</sup> Sul punto si può rinviare alle considerazioni di S. CASSESE, *Il Paese che rifiuta i concorsi*, in *Il Corriere della Sera*, 19 giugno 2020, che esplicitamente ragiona di «dirigenti mascherati». Secondo l'illustre Autore le Agenzie delle entrate, «per sottrarsi al chiaro dettato costituzionale e a una sentenza del 2015 della Corte costituzionale, hanno cambiato nome ai dirigenti, chiamandoli «Posizioni organizzative di elevata responsabilità» (Poer), e

è stato ritenuto convincente nemmeno il tentativo di equiparazione della POER all'area dei quadri degli enti locali attesa la diversità tra le due figure<sup>48</sup>.

Nella sentenza n. 37 del 2015 la Corte, nel dichiarare illegittime le POT, si è concentrata sul loro carattere straordinario e temporaneo, evidenziando come l'assegnazione delle posizioni organizzative temporanee ai funzionari passasse attraverso la conclusione di contratti di lavoro a tempo determinato, la cui durata, però, non era in definitiva determinabile *ex antea*, essendo legata ai tempi di svolgimento delle procedure concorsuali a copertura dei ruoli dirigenziali vacanti. Il protrarsi nel tempo di tali procedure ha fatto sì che gli incarichi affidati a tali posizioni organizzative risultassero solo formalmente temporanei, ma in sostanza a tempo indeterminato, in spregio alla previsione dei caratteri di temporaneità e straordinarietà previsti dal decreto legge n. 16 del 2012 (e dalla successiva legge di conversione n. 44 del 2012).

Nella sentenza n. 164 del 2020 la Corte ha fatto proprio leva sul difetto del carattere straordinario delle POER e sul rispetto del carattere della temporaneità. Le POER, infatti, hanno alla base un contratto di lavoro a tempo indeterminato ed è invece solo l'*incarico* ad avere carattere temporaneo, con una durata prestabilita dai tre ai cinque anni.

La Corte Costituzionale ha in sostanza valutato in maniera diversa le posizioni organizzative di prima e di seconda generazione (POT e POER appunto), non tanto per le funzioni che in concreto queste figure lavorative sono tenute a svolgere (caratterizzate da un'omogeneità difficile da revocare in dubbio), quanto per la durata dell'incarico, di fatto indeterminata nelle POT, legislativamente definita nelle POER. Tale mancanza di stabilità denoterebbe, secondo la Corte, la mancanza di un «passaggio d'area» e di conseguenza non si verificherebbe «l'attribuzione di un nuovo status» tipica del passaggio alla dirigenza, che appunto comporta l'acquisizione di uno *status* «caratterizzato da naturale stabilità»<sup>49</sup>. A questa vicenda

---

quindi stabilito che a quelle posizioni si accede solo dall'interno»; «i compiti –constata l'Autore- sono gli stessi, cambia il nome». Le Agenzie delle entrate hanno quindi «“titolarizzato” circa 1.500 dipendenti, sfuggendo sia alla Costituzione, sia a una sentenza della Corte costituzionale».

<sup>48</sup> In questo senso G. TROPEA, *op. cit.*, secondo cui l'equiparazione non è funzionale allo scoposoprattutto alla luce della «non omogeneità tra organizzazione degli enti locali e delle Regioni ed organizzazione delle Agenzie delle entrate».

<sup>49</sup> Le citazioni sono tratte da Corte cost., sent. n. 164 del 2020.

non si attaglia quindi, secondo la Corte, la giurisprudenza costituzionale in tema di obbligo del pubblico concorso.

Se la durata nel tempo di quelli che la Corte liquida come meri “incarichi”, «alla cui cessazione i destinatari riprendono fisiologicamente ad esercitare le funzioni che sono proprie della loro area di appartenenza», costituisce un dato niente affatto scontato, di converso la temporaneità sembrava assicurata anche in relazione alle POT, non essendo in effetti prevedibile una durata oltre un certo termine di procedure concorsuali in essere<sup>50</sup>. Del resto, la Consulta, concludendo per l’assenza dell’obbligo del pubblico concorso, non registrandosi appunto un passaggio di area o un’acquisizione di uno *status*, rimarca che tutto ciò «non esclude affatto che la selezione dei soggetti cui attribuire le POER debba rispondere ai principi di imparzialità, trasparenza ed efficienza, che presiedono ad ogni attività amministrativa e che ne condizionano la legittimità»<sup>51</sup>.

## 5. Cenni conclusivi.

La decisione in esame appare in definitiva connotata da una ampia gamma di specificità che suscita più di qualche interrogativo sull’*iter* complessivo della vicenda. Innanzitutto, la presenza di un recente precedente in termini che ha ingenerato dubbi (non certo inconsistenti) sulla conformità della normativa *sub iudice* all’art. 136 Cost.<sup>52</sup>Inoltre la questione in esame ha fornito l’occasione al Giudice delle leggi di

---

<sup>50</sup> Anche chi condivide nella sostanza la decisione della Corte costituzionale sulle POER, non manca tuttavia di rimarcare che si tratta di un dato, quello della temporaneità, non del tutto certo, osservando al riguardo che «nulla assicura che non si siano proroghe anche in questo caso»: così S. DE GÖTZEN, op. cit., 9. In realtà in dottrina si è pure osservato –e la considerazione pare dirimente –che «la normativa sui POER non prevede espressamente la temporaneità dell’incarico (ed è legata solo allo svolgimento del concorso per dirigente, a sua volta più volte prorogato)»: in questi termini G. TROPEA, op. cit., 504, il quale sul punto rimarca la differenza tra questa normativa e il CCLN del comparto Regioni ed enti locali che pure era stato additato dalla Corte come termine di paragone.

<sup>51</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 164 del 2020.

<sup>52</sup> La sentenza ha dato adito a dubbi talora sfociati in aperte posizioni critiche, anche autorevolmente sostenute: così S. CASSESE, *Il Paese che rifiuta i concorsi*, cit., secondo cui, con la sentenza 164, «la Corte costituzionale ha commesso molti errori. Ha tradito diritti e aspettative di molte persone che avrebbero potuto aspirare ad accedere a quegli uffici, se vi fosse stato un esame competitivo aperto a tutti. Ha danneggiato la pubblica amministrazione, perché l’ha privata della possibilità di fare eventuali scelte migliori. Ha riconosciuto un privilegio a chi era già dentro (che si sarebbe potuto accontentare di una valutazione dell’attività già svolta o anche di una riserva di posti). Ha ammesso una sorta di extraterritorialità alle agenzie fiscali, come se ad esse potessero non applicarsi la Costituzione e il diritto italiano, ma un diritto speciale. Ha così impedito quella mobilità tra le varie branche dell’amministrazione che tutti auspicano come necessaria per il migliore

testare, per la prima volta, lo strumento dell'audizione di esperti di chiara fama. A seguito di tale audizione, e della successiva udienza in camera di consiglio, il Giudice relatore è stato sostituito da altro Giudice per la redazione della sentenza (si noti che il Giudice relatore aveva a suo tempo provveduto a redigere la motivazione della sentenza n. 37 del 2015). Come ricordato, nell'articolata motivazione della sentenza emerge un solo riferimento, del tutto marginale, al parere degli esperti: troppo poco per giustificare una fase comunque istruttoria, anche a prescindere, se possibile, dalla carenza di trasparenza sulle nomine degli esperti e dalla mancata documentazione, se non a uso meramente interno, delle audizioni effettuate<sup>53</sup>. Dalla ricostruzione *in fatto* operata dalla Corte emerge una attività difensiva estremamente (verrebbe da dire inusualmente) puntigliosa e attenta da parte dell'Avvocatura dello Stato: atteso il nesso stretto tra istruzioni governative e attività processuale dell'Avvocatura generale dello Stato, sembra indubitabile che tale acribia difensiva non sia che una un'inequivoca testimonianza di un marcato interesse della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e quindi per il Governo, per il caso *sub iudice*<sup>54</sup>.

A tutto ciò si aggiunga l'estrema complessità della situazione che ha in definitiva dato luogo all'approvazione della legge oggetto di giudizio da parte della Corte. Procedimenti di reclutamento di personale dirigenziale connotati da tempi lunghissimi, un primo intervento legislativo –attuato con decretazione d'urgenza– a porre rimedio alle carenze di organico dovute alla patologica protrazione nel tempo di procedimenti concorsuali relativi a figure dirigenziali. Sviluppo di un acceso contenzioso amministrativo sfociato in una pronuncia di incostituzionalità nel 2015 sulla normativa del 2012<sup>55</sup>. Riattivazione, infine, di un nuovo *iter* legislativo

---

funzionamento dello Stato». Nel senso che la sentenza, oltre che rappresentare una «decisa inversione di rotta», evidenzia anche «forzature interpretative», soprattutto in relazione alla «cruciale questione della temporaneità dell'assegnazione», cfr. G. TROPEA, op. cit., 507.

<sup>53</sup> Pure a prescindere dagli interrogativi sulla mancata documentazione, se non a uso interno della Corte, dell'attività istruttoria compiuta, resta la sensazione della sua sostanziale inutilità se è vero che l'unica traccia in motivazione legata alla parentesi istruttoria riguarda il richiamo, dagli esperti operati ai pareri delle citate organizzazioni internazionali relativi peraltro alla necessità di osservare (ovvi) criteri di «snellimento e agilità operativa» nell'opera di «riorganizzazione delle Agenzie fiscali» (Corte cost., sent. n. 164 del 2020, n. 7 del *Considerato in diritto*). Dubbi sulla trasparenza nella procedura di nomina degli esperti e sulla discrezionalità in capo alla Corte sull'utilizzo dei risultati dell'istruttoria sono sollevati da A. IANNUZZI, op. cit., 19.

<sup>54</sup> Sul ruolo del Governo in riferimento alla difesa svolta dall'Avvocatura generale dello Stato si vedano le puntuali considerazioni di G. ALBENZIO, *Corte e Avvocatura dello Stato*, in *Foro it.*, 2006, V, 328 ss. Del resto, è in fin dei conti naturale che l'intervento stesso del Presidente del Consiglio dei Ministri esprima il «punto di vista degli organi di indirizzo politico»: A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 272.

<sup>55</sup> Per una ricostruzione della vicenda v. *supra*, in particolare nota n. 9.

volto a introdurre, in sostituzione di quelle dichiarate incostituzionali, nuove figure connotate da forti elementi di continuità con le prime, tolte di mezzo dalla Corte nel 2015. La situazione determinata ha dato infine avvio ad un procedimento davanti agli organi di giustizia amministrativa, con l'inevitabile rimessione alla Corte Costituzionale della questione di costituzionalità decisa con la pronuncia in commento.

Non è questa la sede adatta per indugiare sul contorno politico della vicenda e sulle radici di essa. Pare sufficiente prendere atto (dopo averli passati in rassegna) di tutti gli elementi di singolarità, di anomalia, di discontinuità, che la connotano, per concludere, con un giudizio in qualche misura "esterno" rispetto alla tortuosa vicenda, che essa non sembra avere in definitiva giovato all'immagine della Corte Costituzionale<sup>56</sup>. Come ogni giudice, anche la Corte Costituzionale non solo deve essere imparziale, ma deve apparire imparziale<sup>57</sup>. Al netto dei profili di perplessità, anche consistenti, che circondano la decisione sul merito della questione, sono tutti gli altri elementi che abbiamo via via passato in rassegna a seminare dubbi sull'iter decisorio che ha condotto la Corte alla dichiarazione di infondatezza. Dubbi alimentati da una scelta processuale piuttosto opaca, che ha suggerito alla Corte di attivare un istituto processuale di nuovo conio sprecando un'occasione non solo per completarne, in via pretoria, il laconico regime processuale, ma anche per rendere ragione della sua effettiva necessità e funzionalità rispetto al processo. In questo contesto anche la deviazione da regole processuali comuni, o comunque generalmente osservate, suona come una conferma del fatto che l'aderenza della Corte alla disciplina del suo processo costituisce fonte di una legittimazione che non dovrebbe mai essere pretermessa<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Sul punto non si possono non richiamare le considerazioni di S. CASSESE, op. cit., secondo il quale la Corte costituzionale «ha tradito la propria consolidata giurisprudenza, accettando una palese violazione del giudicato, rinunciando al proprio magistero, così rischiando di divenire una tigre di carta» (mio il corsivo).

<sup>57</sup> Sul punto R. BIN, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, 4015 ss., secondo il quale «l'apparenza di imparzialità è un'esigenza che vale anche per la Corte costituzionale».

<sup>58</sup> Una sorta di *legittimazione a posteriori*: sul punto, C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, spec. 140 ss. Che la fedeltà alle norme processuali costituisca un fattore di forte legittimazione della Corte costituisce un dato che appare scontato in dottrina: in questo senso, tra gli altri, M. CAPPELLETTI, *Giudici o legislatori*, Milano, 1984, 89. G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 105 ss.

# A SMART LEGAL INSTRUMENT IN THE FACE OF A GLOBAL DANGER: THE MINAMATA CONVENTION on Mercury 2013

Giuseppe Poderati\*

"Never repeat the tragedy of Minamata Disease"  
*Shinobu Sakamoto, Group Leader of the Minamata Victims and Citizens, when addressing the Mercury Treaty.*

**ABSTRACT** [ITA]: La Convenzione di Minamata sull'uso del mercurio è stata adottata alla Conferenza dei Plenipotenziari nell'ottobre 2013. Certamente, questo documento storico è considerato come il primo accordo multilaterale ambientale che si concentra specificamente su una sostanza pericolosa con effetti intossicanti per la salute umana e l'ambiente. Poiché milioni di persone in tutto il mondo sono esposte agli effetti tossici del mercurio, questa Convenzione aiuta a proteggere sia l'ambiente che il diritto alla salute. Pertanto, tale Convenzione - beneficiando del cd. sistema BRS dedicato alla categoria delle sostanze chimiche pericolose - regola l'uso del mercurio relativo a cinque aree diverse delle attività umane: commercio, estrazione mineraria, stoccaggio e smaltimento, estrazione mineraria d'oro su piccola scala. La Convenzione di Minamata è uno strumento legale innovativo ed ambizioso, che nel tentativo di regolare l'uso del mercurio a livello globale, obbliga sostanzialmente gli Stati a cercare alternative e, infine, a eliminare gradualmente l'uso di questa particolare sostanza. Questa Convenzione rappresenta un passo avanti nella regolamentazione del ciclo di vita del mercurio prevedendo misure rigorose. Tuttavia, si dovrebbe notare che l'efficacia della Convenzione dipende fortemente dalla volontà politica degli stati e delle organizzazioni di integrazione economica regionale che devono stabilire le misure adeguate a livello nazionale per consentire a sé stessi di adempiere ai propri obblighi a seguito del processo di ratifica. È necessario sottolineare che l'eliminazione graduale del mercurio, a livello nazionale e globale, significherebbe conciliare la protezione ambientale con lo sviluppo economico odierno.

---

\* The author is a Ph.D. candidate in International Environmental Law at Wuhan University (China). Previously, he attended his academic education at Libera Università Maria SS. Assunta (Rome, Italy), Stony Brook University – New York State University (SUNY, USA), Centro Studi e Ricerche Direzionali (Palermo, Italy), The Graduate Institute of Geneva (Switzerland), and National University of Singapore.

**ABSTRACT** [ENG]: *The Minamata Convention on the use of mercury was adopted at the Conference of Plenipotentiaries in October 2013. Certainly, this historical document is considered as the first multilateral environmental agreement that focuses on one specific dangerous substance with poisoning effects for the human health and the environment. As millions of people worldwide are exposed to the toxic effects of mercury this Convention helps protect both environment and people's right to health. Thus, the Convention – benefiting from the BRS system that deals with the category of hazardous chemicals – regulates the mercury's usage in five different areas of human activities: trade, mining, storage and disposal, products and processes and artisanal small-scale gold mining. The Minamata Convention is a groundbreaking and ambitious legal instrument, regulating the use of mercury at the global level and binding States to seek alternatives and ultimately phase out the use of this particular substance. This Convention represents a step forward in regulating the mercury life cycle by providing for stringent measures. However, one ought to note that the Convention's effectiveness heavily relies on the political will of the state-parties and of the regional economic integration organizations that have to establish the proper measures at the domestic level in order to allow themselves to meet their own obligations upon the ratification process. It is necessary to highlight that phasing out mercury, at the domestic and global level, it would mean to reconcile environmental protection with development in our today's world.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduction. – **2.** Section I: MERCURY: Scientific and Historical Background. – **3.** Section II: Hazardous Chemicals Normative Context: BRS + Minamata Convention, an integrated system of regulation. – **4.** Section III: Legal Analysis of the Minamata Convention on Mercury. – **5.** Section IV: Final Remarks.

## Introduction.

This paper analyzes the Minamata Convention on Mercury<sup>1</sup> negotiated under the patronage of the United Nations Environment Program (UNEP) and with the consistent collaboration of the World Health Organization (WHO) as well as with support of the International Labor Organization (ILO). The Convention was adopted at the Conference of Plenipotentiaries in Minamata (Japan) in October 2013, and it is currently open for signatures and ratifications. In point of fact, the Convention has been ratified by 128 countries to which Italy has now been added, precisely on 28<sup>th</sup> October 2020 following up the European Union' policies and regulations on chemicals, industrial risks and biotechnology.<sup>2</sup>

It is an opinion of the writer that the Minamata Convention is the first multilateral environmental agreement that focuses the attention on one specific dangerous substance with poisoning effects for the human health and the environment. This has to be considered has a substantial *paradigm change* in tackling the use and the general exploitation of this kind of material. Millions of people around the world are exposed to the toxic effects of mercury, and yet as noted by Juliane Kippenberg (Senior Researcher at the Human Rights Watch Organization) "this treaty will help protect both environment and people's right to health". The Minamata Convention is a global attempt involving and binding both Developed and Developing Countries to minimize the risks to human health and environment from different types of use (subsequently described) that is possible to do with mercury, also known as *quicksilver*. This Convention represents a step forward in regulating the mercury *life*

<sup>1</sup> The Minamata Convention on Mercury was adopted on 10<sup>th</sup> October 2013 in Kumamoto, Japan.

<sup>2</sup> "Dal 28 ottobre 2020 è in vigore la legge di ratifica della Convenzione di Minamata sul mercurio del 2013, diretta a proteggere salute e ambiente dal mercurio. La ratifica è avvenuta con legge 8 ottobre 2020, n.134. La Convenzione di Minamata sul mercurio è stata fatta il 10 ottobre 2013 ed è stata conclusa dall'Unione europea con decisione 11 maggio 2017, n. 2017/939/UE cui è seguito il regolamento 2017/852/UE su uso, stoccaggio e commercio del mercurio. L'obiettivo della Convenzione è la protezione della salute e dell'ambiente dalle emissioni e dai rilasci antropogenici di mercurio e di composti del mercurio. Il testo prevede misure per ridurre i livelli di mercurio nell'ambiente, contemperando l'esigenza di armonizzazione con le politiche di sviluppo nazionali. Sono previste misure per lo stoccaggio temporaneo del mercurio, per i rifiuti contenenti mercurio e i siti contaminati. La Convenzione del 2013 è stata implementata in una riunione delle Parti il 19-23 novembre 2018 aggiungendo tra le altre, le disposizioni sullo stoccaggio temporaneo del mercurio che non sia rifiuto. **Entro il 26 aprile 2021** (180 giorni dall'entrata in vigore della legge) con Dm Ambiente sono stabilite le modalità per assicurare il coordinamento delle attività di raccolta dei dati di monitoraggio, ai fini della piena ed efficace attuazione della Convenzione", see Francesco Petrucci, 'Convenzione di Minamata sul mercurio, Italia ratifica' (*reteambiente.it*, 28 Ottobre 2020) <[www.reteambiente.it/news/42954/convenzione-di-minamata-sul-mercurio-italia-ratifica/](http://www.reteambiente.it/news/42954/convenzione-di-minamata-sul-mercurio-italia-ratifica/)> accessed 19 November 2020. For further details, see, the European Union Council Decision 11<sup>th</sup> May 2017, no. 2017/939/EU, Regulation (EU) 2017/852 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 on mercury (repealing Regulation (EC) No 1102/2008 (OJ L 137, 24.5.2017, pp. 1-21).

*cycle* by providing with stringent measures. Thus, the analysis conducted throughout this paper will allow readers to get knowledge about the provisions of the Minamata Convention on mercury and the *ratio* behind this legally binding instrument. By way of background, Section I describes the scientific and historical problematic of mercury in several fields (e.g. research, industries, agriculture, medical). Then, Section II shows the *technical influence* of the legal heritage of the Minamata Convention particularly benefiting from the BRS system that deals with the category of hazardous chemicals. Starting from a critical insight of the preamble, Section III focuses on how the Minamata Convention regulates five different areas of mercury's usage, namely: (i) trade, (ii) mining, (iii) storage and disposal, (iv) products and processes and (v) artisanal small-scale gold mining. Section IV provides with conclusions and a personal observation of the writer. However, from now on, one ought to note that the Convention's effectiveness heavily relies on the political will of the state-parties and of the regional economic integration organizations that have to establish the proper measures at the domestic level in order to allow themselves to meet their own obligations upon the ratification process.

## Section I

### MERCURY: Scientific and Historical Background

#### *a) Scientific profile of mercury as hazardous chemical substance:*

It is necessary to begin by methodically define what mercury is and what dangers does it create for the environment and for human health. Mercury<sup>3</sup> is commonly considered as a chemical element discovered in 1500 BC.<sup>4</sup> It is identified in the periodic table<sup>5</sup> by the symbol 80Hg referring to the Greek word Hydragyrum (hydra: water and argyros: silver) that means in the modern English language "quicksilver" (or "liquid silver") and currently it is used as synonym for the word mercury. Because of its considerable weight (almost 14 times the volume of water), alchemists

<sup>3</sup> For a definition of mercury refer to Merriam Webster Unabridged Dictionary: "a heavy silver-white poisonous metallic element that is liquid at ordinary temperatures and used especially in scientific instruments—symbol Hg; called also *quicksilver*".

<sup>4</sup> See, *Mercury and the environment — Basic facts*, Federal Government of Canada, 2004 or the website: <http://www.ec.gc.ca/mercure-mercury/default.asp?lang=En&n=9A4397AD-1>.

<sup>5</sup> CRC Handbook of Chemistry and Physics, CRC Press, 92nd Edition, 2011.

classified it as a heavy metal. Mercury is found in nature in the earth's crust and chiefly in some rocks or minerals. Most of the times, it is also found in the form cinnabar<sup>6</sup> (mercuric sulfide), while in some cases it is combined with other metallic materials, namely lead and zinc.

In order to have a better understanding of the dangers of mercury pollution, it is possible to make reference to a very significant document: the UNEP Global Mercury Assessment 2013.<sup>7</sup> By adopting a global approach, this official report identifies different types of anthropogenic sources of mercury pollution. Accordingly, three main categories are singled out: 1) Natural sources of mercury emissions and releases (e.g. geogenic, biomass burning, soil and vegetation); 2) Anthropogenic sources of mercury emissions and releases (e.g. coal burning, mining, smelting and production of iron and non-ferrous metals, cement production, oil refining, artisanal and small-scale gold mining – ASGM, wastes from consumer products, dental amalgam, chlor-alkali industry); 3) Re-emission and re-mobilization of mercury (i.e., respectively, the process occurring when mercury deposited to plant surfaces is re-emitted during forest fires or biomass burning, and the process occurring when mercury accumulated in soils is remobilized by rain or other natural events).<sup>8</sup>

Asia (particularly China and India) is responsible for 50% of the global emissions, while Latin America, African countries and Oceania are among the biggest polluters, due to the development and execution of ASGM activities.<sup>9</sup> Mercury possesses all the features essential to be considered as a global danger to human and environment well-being. For this reason, global and regional networks (e.g. MDN, EMEP, AMAP, GMOS) have been created in order to measure and monitor the level of mercury emissions and releases.

---

<sup>6</sup>An interesting description of mercury in *Mercury Time to Act 2013*, United Nations Environment Program, page 12 – 16.

<sup>7</sup> International Program on Chemical Safety, *Methylmercury, Environmental Health Criteria 101*, Geneva, WHO, 1990.

<sup>8</sup> For a detailed analysis of the current emissions and releases of mercury, see *United Nations Environment Program Global Assessment 2013*, Sources, Emissions, Releases and Environment Transport.

<sup>9</sup> *Ibid.*, page 11.

*b) The use of mercury: an ancient global danger*

Archeologists and historians have shown a first man-usage of mercury since the primitive era<sup>10</sup> and across many civilizations, proving that this substance assumed several functions, being object of many legends and stories as well as tribe rituals.

In China, mercury was used under the fake belief that it could have extended the length of human life, producing actually tragic results. In the Hindu culture and technical science, mercury was considered as the fundamental chemical substance, considering other metals to be just an amalgam of mercury and other substances. In Europe, mercury was considered very important as well, believing that it could be used in order to produce gold. For that reason, its use was forbidden by the Roman Emperor Diocletian in order to preserve the value of the roman currency. At the same time, also other Mediterranean civilizations (for instance Greeks and Egyptians) used mercury in the cosmetic sector, particularly as a component for a balm to be applied on the skin or as a medicine. Historical data thus confirm that humanity used mercury for centuries, believing it to have beneficial properties without being aware of its actual dreadful effects.<sup>11</sup>

Nowadays, as explained by the global assessment study carried out by UNEP in 2013, anthropogenic emissions and releases contribute to the so-called “mobilization of mercury into the environment”. The majority of these emissions and releases of mercury have been quantified in the period of the Industrial Revolution (1800), because of the increasing development of a “fossil-fuel-based energy” economic activity<sup>12</sup> (that implied coal burning).

Furthermore, mercury-based medical treatments have been used in medicine “with apparent benefits for at least five centuries to cure syphilis (a well-known sexual transmitted disease) until harmless alternative therapy (e.g. antibiotics) have been adopted”.<sup>13</sup>

Of note, in 1941, the United States Public Health Service prohibited the use of mercury nitrate in the production of felt products. Indeed, it had been discovered in Danbury, Connecticut (known as the center of the America hat-making industry) that

<sup>10</sup> “Cinnabar (aka vermilion, mercury sulfide, HgS), was used as a bright red pigment by the Paleolithic painters of 30,000 years ago to decorate caves in Spain and France”, see the following website: <http://www.rsc.org/periodic-table/element/80/www.matvalue.com>

<sup>11</sup> L. Charles Masur, MD, *A Review of the Use of Mercury in Historic and Current Ritualistic and Spiritual Practices*, Environmental Medicine, Volume 16, n.4, 2011.

<sup>12</sup> UNEP *Global Assessment 2013*, *supra* n.7, page 4.

<sup>13</sup> Carl Gustaf Lundin, IUCN Director of Global Marine Polar and Polar Program (interviewed on 28<sup>th</sup> of March 2014 in Gland (CH)).

“mercury, once used extensively in the hat making process, caused a brain illness in many hatters”.<sup>14</sup> At that time, thus, the health of the workers and of millions of people wearing hats was clearly in danger.

In 1959, the territory of Japan was the theatre of a mercury pollution disaster. At the Minamata Bay, on the Japanese Island of Kyushu, local people (at the beginning in a particular way fisherman and their families) were affected by many neurologic disturbances including paralysis and a series of irreversible brain damages including “tunnel vision” and blindness. All of these symptoms were recognized as the Minamata disease, caused by the spreading into the environment of chemical substances. Indeed, the CHISSO Corporation was discharging chemical wastes into the waters of the bay creating a critical impact on the environment. These wastes were present in the form of methyl-mercury able to produce irreversible damages to the health of the people living in the area, as the poisoning substance entered in the food marine chain (through algae and fishes). The methyl-mercury resulted to be a form of potent poison to the human health able to alter the DNA<sup>15</sup>, specifically, of the local Japanese community of the Minamata Bay. At that time, it was not so easy to immediately identify the presence of the methyl-mercury in the fishes and in the water.<sup>16</sup> Due to a lack of scientific knowledge, this was a source of no few concerns for both the national and the local authority.

Unfortunately, the list of the cases related to mercury pollution seems to be endless. One worth-mentioning case is the mass mercury contamination happened in Iraq during the years 1971 and 1972. In contrast to a period of national famine, a group of nations (*inter alia* Mexico) distributed a huge amount of wheat seeds to create cultivation on the Iraqi territory. This operation, originally aimed at delivering alimentary aid, turned into a tragedy. In fact, around 500 people died, and many others were hospitalized in the toxicology department. After some investigations, it was discovered that the seeds (produced in Mexico) were treated with methyl-mercury - a powerful pesticide and fungicide - in order to preserve their quality. The Iraqi Toxicology department suggested “methyl-mercury, which readily crosses the

<sup>14</sup> “The state of Connecticut outlawed the use of mercury in hat making in the early 1940s. But there are signs that mercury remains in soil and river sediment not far from where factories once stood”. See, J. Varekamp, *Mad Hatters Long Gone, But The Mercury Lingers On*, Daily university Science News, 2002.

<sup>15</sup> M. Harada, *Minamata Disease and the Mercury Pollution of the Globe*, EINAP project, Kumamoto Gakuen University, 1992.

<sup>16</sup> Not surprisingly also indigenous people have been affected by eating mercury contaminated fishes. For instance, the indigenous people living in the territory of the eastern province of Québec, in Canada. Particularly well known it is the case of the James Bay project Hydro-Québec in 1979.

blood-brain-barrier, is converted to inorganic mercury remaining trapped in the brain".<sup>17</sup>

Despite its poisoning effects, mercury was intensely used as a component in thermometers and other devices without creating particular safety problems to the users. Unfortunately, a different situation occurred for. However, several health issues affected the workers of the STACO Thermometer Plant in Poultney (Vermont, USA), during the 1980s, with mercury being detected in the air of their workplace and in their bodies too. The mercury contamination affected not only the workers, but also their children, making this case sadly famous. The factory closed down in 1984, after paying a due amount of compensation for the irreversible physical damages caused to the harmed workers.

The widespread use of mercury raised a number of safety issues not only in relation to factories and industrial making processes, but also with reference to scientific and research activities carried out in laboratories specialized in heavy and toxic metals.<sup>18</sup> Within this historical background, the Minamata Convention 2013 is a groundbreaking and ambitious legal instrument, regulating the use of mercury at the global level and binding States to seek alternatives and ultimately phase out the use of mercury.

## Section II

### **Hazardous Chemicals Normative Context: BRS + Minamata Convention, an integrated system of regulation**

In the field of the regulation of hazardous chemicals, at the global level, the most successful legal instruments are part of the so-called international environmental *hard law*<sup>19</sup>, i.e. the body of law encompassing multilateral agreements binding on

---

<sup>17</sup> “Following the outbreak of organomercury poisoning in Iraq, an investigation was carried out during the spring and summer of 1972 to evaluate environmental contamination by organomercury. See, A. Jernelöv, *Environmental contamination by mercury in Iraq*, Bulletin World Health Organization 1976; 53 (Supplement): 113 – 118.

<sup>18</sup> The U.S. Department of Labor Occupational Safety and Health Administration Directorate of Technical Support and Emergency Management (formerly Directorate of Science, Technology and Medicine) Office of Science and Technology Assessment OSHA Hazard Information Bulletin<sup>[1]</sup> Dimethylmercury February 15, 1991. See, Cathy Newman, *Pick Your Poison—12 Toxic Tales*, National Geographic Magazine, 2005.

<sup>19</sup> It is interesting to note that the Rotterdam Convention 2004 incorporated two *soft law* instruments: the International Code of Conduct on the Distribution and Use of Pesticides (FAO Code) 2002 and the London Guidelines for the Exchange of Information on Chemicals in International Trade (UNEP) 1989.

State parties. They seem indeed to ensure a higher level of effectiveness and implementation, having as goals, *inter alia*, a better protection of the human health and of the environment. Among a number of international conventions, three are considered to be the cornerstones of the international regulation of hazardous chemicals: the *Basel Convention on Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal 1989*, the *Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade 1998* and the *Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants 2001*.<sup>20</sup> Before delving into the Minamata Convention, in order to gain a more complete understanding of the relevant legal framework, it is necessary to briefly analyze these three instruments.

The first one, known simply as the Basel Convention<sup>21</sup>, entered into force in 1992. In order to protect human health and environment, the text of the convention puts the light on the environmental sound management of wastes ready to be disposed. As stated by Ms. Katharina KummerPeiry (Executive Secretary of the Secretariat of the Basel Convention in January 2011): “*The provisions of the Convention center around the following principal aims: (i) the reduction of hazardous waste generation and the promotion of environmentally sound management of hazardous wastes, wherever the place of disposal; (ii) the restriction of transboundary movements of hazardous wastes except where it is perceived to be in accordance with the principles of environmentally sound management; and (iii) a regulatory system applying to cases where transboundary movements are permissible*”. This convention, thus, was groundbreaking at that time, especially considering the emergency in the developing countries where ordinarily some developed countries<sup>22</sup> dumped dangerous substance. Therefore, the text of the Basel Convention focuses mainly on the prevention and control of the wastes and the associated activities, by establishing a system of obligations based on a precise procedure, institutionalized in article 6. This includes waste minimization, proximity of the disposal, environmental sound management of the waste and prior informed consent procedure, and covers the life cycle of the waste.

---

<sup>20</sup> “These three conventions together provide a cradle-to-grave framework for the environmentally sound management of hazardous chemicals and wastes throughout their life cycles”, Z. Lipman, *Pollution control and the regulation of chemicals*, Ed. Routledge, New York, USA, 2013.

<sup>21</sup> E. Viñuales noted “The Basel Convention is also rooted in the environmental justice movement and its predecessor was also a non-binding instrument” referring to the *UNEP Environmental Guidelines and Principles no.8: Environmentally Sound Management of Hazardous Wastes* (Nairobi: UNEP, 1987).

<sup>22</sup> According to P.B. Sahasranaman “in foreign nations view the dumping is more affordable than destroying waste within their own borders”, in *Handbook of Environmental Law*, Oxford University Press, II ed. 2012, page 259.

The second one, known simply as the Rotterdam or PIC Convention entered into force in 2004. The objective of this convention is clearly established in article 1: “to promote shared responsibility and cooperative efforts among Parties in the international trade of certain hazardous chemicals in order to protect human health and the environment from potential harm and to contribute to their environmentally sound use, by facilitating information exchange about their characteristics, by providing for a national decision-making process on their import and export and by disseminating these decisions to Parties”.

Since it pursued a trade regulation of chemicals, so protecting the interest of importing country in taking informed decisions, the Rotterdam Convention introduced a mandatory Prior Informed Consent (PIC) procedure over the so called *banned or severely restricted chemicals*. This implied moving away from the voluntary based procedure established by the FAO and UNEP soft law instruments in 1989, and in some way strengthening the effectiveness of the procedure as intended. Furthermore, in order to reach the mentioned goal, the PIC convention adopts a list regulatory technique by identifying the dangerous substances (listed in Annex III) that must be object of the PIC procedure (contained in article 5). This list of chemicals can be periodically updated by consensus<sup>23</sup> of the Conference of the Parties (COP) upon the recommendation of the Chemical Review Committee<sup>24</sup> and an earlier risk-assessment made by the Secretariat.

Articles 14, 15 and 16 of the Rotterdam Convention establish an advanced system of information exchange. According to article 14, State Parties have a general obligation of exchanging different types of information (e.g. scientific, technical, economic and legal<sup>25</sup>) related to the chemicals. Article 15 promotes the adoption of national administrative measures to this purpose (e.g. establishment of a register and facilitating access to information concerning the chemicals and the safety). Furthermore, article 16 promotes cooperation by means of the conclusion of specific

---

<sup>23</sup> Due to the presence of enormous economic interests, it is very difficult to change the list by consensus of the COP to add new substances. Therefore, it was proposed by the ROCA ALLIANCE NGO that “the COP should allow decisions to be taken by two-thirds majority vote, when all efforts to reach consensus have been exhausted, and thus allow the Convention to be effectively implemented”, see *Position Paper of the Rotterdam Convention Alliance*, June 2011.

<sup>24</sup> The Chemical Review Committee has to follow the criteria established in Annexes I, II and IV of the Convention.

<sup>25</sup> According to the legal overview of the Rotterdam Convention (online open source) among the other provisions there are (i) the requirement for a Party to inform other Parties of each national ban or severe restriction of a chemical; (ii) the possibility for Party which is a developing country or a country in transition to inform other Parties that it is experiencing problems caused by a severely hazardous pesticide formulation under conditions of use in its territory. See the following website:

<http://www.pic.int/TheConvention/Overview/tabid/1044/language/en-US/Default.aspx>

agreements among the Parties, with the purpose of guaranteeing technical assistance to be provided to the developing countries and economies in transition that lack capacity and expertise in the management and safety hazardous chemicals. Since the environmental sound management of the chemicals is one of the greatest challenges of our modern era, the Rotterdam Convention could be considered as one step ahead to the creation of a more comprehensive discipline of this field, through international cooperation.

The third convention, known as the Stockholm or POPs Convention, entered into force in 2004 after a long period of negotiations started by the UNEP's Governing Council in 1995. It aims at protecting human health and the environment by banning the production, use, import and export of one of the most dangerous group of pesticides, the so-called persistent organic pollutants (POPs). Article 1 of the Stockholm Convention, unlike the two conventions shortly described above which are centered on the principle of prevention, puts emphasis on the principle of precaution consecrated in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development 1992, but reducing it to a mere "approach".<sup>26</sup>

Methodologically, this convention created a differentiating treatment between *intentionally produced POPs* - listed in Annex A and Annex B (respectively the former lists chemical to eliminated and the latter lists the ones to be restricted) - and the *unintentionally produced POPs* - listed in Annex C (chemicals to be minimized in their use or where it is possible their use has to be eliminated).

Some provisions provide however for particular exceptions and/or exemptions. Broadly speaking, the import and the export activities of the intentionally produced POPs are prohibited.<sup>27</sup> But article 3 (2) creates an exception to this rule, allowing import or export activity for the purpose of environmentally sound disposal. This practically will allow a developed country to import from a developing country (deficient of expertise and/or facilities) certain chemicals to carry out the operations related to the chemical disposal in a safer way.

Alongside the exception, there is also a regime of exemptions. In particular, article 3 (2) (a) (ii) provides for a *general exemption* that allows the import of the substances under Annexes A and B (e.g. substance produced or already in use prior to enter into force the POPs Convention). Article 4 establishes instead a *country-specific exemption*.

---

<sup>26</sup> According to article 1 of Stockholm Convention: "Mindful of the *precautionary approach* as set forth in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development, the objective of this Convention is to protect human health and the environment from persistent organic pollutants".

<sup>27</sup> *Ibid.*, article 3 (1).

The latter allows a Party to register for being exempted in using a specific substance for five years, renewable for other five years due to unique circumstances duly documented by the Party. In general, exemptions aim at permitting use of chemicals with a so-called *acceptable purpose*. On the contrary, as concerns the unintentionally produced POPs listed in Annex C,<sup>28</sup> the parties have the obligations to take measures to minimize and (when feasible) to eliminate their release.

Beyond the reference to the precautionary principle (or, better, “approach”) in the preamble, the POPs Convention contains a couple of legal innovations worth to be analyzed. First, there are significant considerations under the socio economic viewpoint contained in Annex F. Secondly, developing countries are to be financially assisted, *inter alia*, with the aim of providing information on chemical safety and adopting alternatives that are considered less harmful to the human health and the environment; and at the same time, the developed countries gained the advantage to protect human life from the elimination (e.g. in the food industry or agriculture) of the “dirty dozen”.

In light of these considerations, the POPs Convention can be considered as a progressive legal instrument in the framework of the international environmental law. Differently from the Basel and the Rotterdam Conventions, chiefly focused on the control and prevention of hazardous chemicals, the Stockholm one aims at the elimination of their production and use; in so doing it paved the way towards a more effective protection of human health and environment.

Despite the mentioned three conventions are the pillars of the international regulation of hazardous chemicals, one ought not to forget that also other conventions are part of such framework: the International Labor Organization’s Chemicals Convention and Recommendation (1990), the Bamako Convention on the Ban of the import into Africa and the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes within Africa (1991), the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution (LRTAP) and its Protocol on Persistent Organic Pollutants (1998), the Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents (1992).

---

<sup>28</sup> Annex C defines the best available techniques (BAT) and the best environmental practices (BEP) in order to reduce the releases of these chemicals. Furthermore, throughout the text of the Convention there are other provisions related to: 1) the development of implementation plans (article 7); 2) information exchange (article 9); 3) public information, awareness and education (article 10); 4) research, development and monitoring (article 11); 5) technical assistance (article 12); 6) financial resources and mechanisms (article 13); 7) reporting (Article 15); 8) effectiveness evaluation (Article 16); 9) non-compliance (article 17).

As noted by some scholars,<sup>29</sup> the Basel, Rotterdam and Stockholm Conventions created a unified treaty body (known as the BRS system) on the life cycle of the hazardous chemicals stating similar provisions. In fact, it is plausible to talk about a positive overlapping normative system instead of a mere clash among these three conventions. For that reason and for organizational efficiency, in 2009 a joint working group<sup>30</sup> (created by the Conference of the Parties of the three conventions) appointed a common Executive Secretariat starring a synergetic process to benefit from the progressive points contained in each convention. Potentially, this synergy can unblock the phenomenon of treaty congestion that is characterizing the modern international environmental law taken as a whole. This was captured by Edith Brown Weiss who literally observed: “*the existence of this treaty congestion in the form of separate negotiating fora, separate secretariats and funding mechanisms, overlapping provisions and inconsistencies between agreements, and severe demand on local capacity to participate in negotiations, meeting of parties, and associated activities*”.<sup>31</sup> Thus, this synergetic process works within a cost-effective logic to ensure, *inter alia*, a better management of the limited economic resources and to maintain a high degree of effectiveness.

The year 2013 witnessed a welcome development in the global regulation of the hazardous chemicals: the adoption of the *Minamata Convention on Mercury*. This convention can be considered as a global legally binding convention on a specific<sup>32</sup> hazardous substance causing concerns similar to those addressed by the BRS system. Consequently, an important dimension of this convention is its relationship with other legal instrument concerning hazardous substances. In particular, the presence of linkages<sup>33</sup> with the earlier conventions on hazardous substances establishes an interesting set of rules potentially representing an evolution for the entire discipline.

<sup>29</sup> P.M. Dupuy and J.E. Viñuales, *International Environmental Law: A Modern Introduction* (1<sup>st</sup>edn, Cambridge University Press, 2015).

<sup>30</sup> Decision SC-4/34, *Enhancing cooperation and coordination among the Basel, Rotterdam and Stockholm conventions*, 8<sup>th</sup> May 2009, UNEP/POPS/COP.4/38; decisions BC.Ex-1/1, RC.Ex-1/1 and SC.Ex-1/1 on enhancing cooperation and coordination among the Basel, Rotterdam and Stockholm conventions.

<sup>31</sup> E. Brown Weiss, *International Environmental Law: Contemporary Issues and the Emergence of a New World Order*, in *Georgetown Law Journal*, vol.81, 1995, page 675.

<sup>32</sup> “The Minamata Convention continues the strategy of developing legally separate treaties covering different but partially overlapping issues” see, H. Selin, *Global Governance of Hazardous Chemicals: Challenges of Multilevel Management*, MIT Press 2010.

<sup>33</sup> “Many governance and actor linkages with earlier treaties influenced the negotiation of the Minamata Convention, and such linkages will remain important during treaty implementation. Governance linkages include legal, policy, and management connections with other agreements on, for example, waste management, capacity building, and technology transfer. Actor linkages are facilitated by the fact that many of the same states, as well as IGO and NGO representatives, engage within multiple treaty processes”, see H. Selin, *Global Environmental*

### Section III

#### Legal Analysis of the Minamata Convention on Mercury:

- *Preamble*

The preamble of the Minamata Convention significantly expresses the commitment of the State Parties. First of all, due to the scientific profile of mercury (e.g. poisoning impacts, long-range atmospheric transport, persistence in the environment, bioaccumulation in the ecosystem), the preamble recognizes it as a global common concern<sup>34</sup> because of its ability to create negative effects, *inter alia*, on human health and the environment. Consequently, it reminds the UNEP's political will to take action in order to carry out a sound environmental management of mercury with the cooperation of States and the civil society. Being quite sensitive to the thematic of the sustainable development particularly expressed at the RIO+20 Conference "The future we want" in 2012, the preamble declares that the convention is a legally binding instrument in order to successfully tackle the risks of mercury usage for the human health and the environment.

Of note, the preamble makes reference to the foundational principles of international environmental law. Urging for a global action, it evokes the Rio Declaration on Environment and Development 1992 as a whole and explicitly the principle of common but differentiated responsibilities of States (with special focus on developing countries and on economies in transition considering their financial, technological and capacity building resources).<sup>35</sup> Taking in consideration the condition of developing countries, the preamble recognizes the "States' respective circumstances and capabilities". Certainly, considering the unhealthy effects of mercury, the language of the preamble emphasizes the protection of human rights by mentioning in subsequent order the exposure of vulnerable populations and of

---

*Law and Treaty-Making on Hazardous Substances: The Minamata Convention and Mercury Abatement, Global Environmental Politics* 14:1, MIT Press, 2014.

<sup>34</sup> *The implication of common concern of mankind concept on global environmental issues*, Note of the Executive Director of UNEP, Dr. M.K. Toulba, to the Group of the Legal Experts meeting, Malta, December 13-15, Review IIDH vol.13, 1990.

<sup>35</sup> See, Principle 7 of the Rio Declaration on Environment and Development 1992. Furthermore, T. Honkonen in *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, Kluwer Law International, Law & Business, Vol. 5, Kurt Deketelaere, The Netherlands, 2009, conducts a relevant analysis on the CBDR.

future generations. Besides that, among the vulnerabilities, there is a particular acknowledgment of the Arctic ecosystems and of the indigenous people. In fact, through natural processes of bioaccumulation and biomagnification, mercury is able to enter the food chain contaminating, for instance, air, water and fishes living in the ecosystem, so endangering the human health and the environment.

Another distinctive element of the preamble is that - in order to avoid any *historical tragedies* similar to the *Minamata disease* - the text specifically deals with the prevention principle<sup>36</sup>, but makes no reference to the principle of precaution.<sup>37</sup> On the one hand, here it is important to recall the words of the chief negotiator of the INC5 (Geneva), Dr. Franz Xaver Perrez, affirming: “*One explanation for this may be that as the risks and negative impacts of mercury are well established and do not involve scientific uncertainty, mercury does in fact not raise an issue of precaution but an issue of prevention - and prevention has to be seen as the underlying concept for the whole convention*”.<sup>38</sup> In other words, it results that the issue of ensuring a proper management of mercury to prevent such incidents is adequately undertaken throughout the legal provisions of the Minamata Convention. On the other hand, the precautionary principle must not be completely excluded since references to precaution are contained in the significant part of the Convention’ *travaux préparatoires*, such as the UNEP General Council’s decision of 2001 calling for a global mercury assessment, and in the UNEP General

<sup>36</sup> “The specificity of prevention lies in its rationale, content and spatial scope. 1. Rationale. Prevention is an anticipatory principle that seeks to avoid foreseeable risks. It operates distinctively from the curative approach that international law traditionally adopts to respond to wrongful acts and seeks to avoid the creation of harm in the first place. 2. Content. Prevention requires that States (and other subjects) exercise due diligence in the face of environmental risks. As such, States are not merely expected to exercise restraint vis-à-vis environmental harm but are required to take positive steps to protect the environment. 3. Spatial Scope. Prevention seeks to protect the environment irrespective of the location of the occurrence of harm. The principle moved away from the traditional concept of good neighborliness concerned with preserving territorial sovereignties to recognize environmental protection as an objective in itself” see, LA. Duvic-Paoli, *The Principle of Prevention in International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2018. See, also, the Italian jurisprudence, TAR Lombardia (BS) Sez. I n.790 del 30 agosto 2019.

<sup>37</sup> “Scholars in philosophy, law, economics and other fields have widely debated how science, environmental precaution, and economic interests should be balanced in urgent contemporary problems, such as climate change. One controversial focus of these discussions is the precautionary principle, according to which scientific uncertainty should not be a reason for delay in the face of serious threats to the environment or health. While the precautionary principle has been very influential, no generally accepted definition of it exists and critics charge that it is incoherent or hopelessly vague” see, D. Steel, *Philosophy and the Precautionary Principle: Science, Evidence, and Environmental Policy*, Cambridge University Press, 2014; J. Zander, *The application of the precautionary Principle in Practice: Comparative Dimensions*, Cambridge University Press, 2010.

<sup>38</sup> H. Hallgrim Eriksen, F. X. Perrez, ‘The Minamata Convention: A Comprehensive Response to a Global Problem’ (2014) 23(2) *Review of European Community & International Environmental Law* 195, 201. L. Alessio, M. Campagna and R. Lucchini, ‘From Lead to Manganese Through Mercury: Mythology, Science, and Lessons for Prevention’ (2007) 50 *American Journal of Industrial Medicine* 779.

Council's decision of 2005 on strengthening UNEP's Mercury program.<sup>39</sup>

On the subject of mercury, it is possible to note the close linkage between man and nature with an ethical connotation oriented to avoid damages even in situation where there is an apparent high level of scientific knowledge. As it is commonly said caution is never too much, it is an opinion of the writer that, in addition to the prevention measures, the person responsible for the pollution, due to emissions of chemical materials such as mercury, must provide adequate emergency safety measures and, if necessary, the reclamation works in compliance with the precautionary principle and the polluter pays principle as well. Therefore, the precautionary principle, recognized as one of the cornerstones of international environmental law, plays also an important role within the context Minamata Convention, and it symbolizes an advancement of our civilization combining ethic and socio-economic development, although it is not expressly mentioned in the text of the convention itself.<sup>40</sup> Thus, the precautionary principle is a very *flexible* and *adaptable* theoretical argument that can be considered within an unknown or not completely known environmental danger situation and yet, it can be placed at the basis of the criminal and civil liability of the subjects who have not adopted precautionary measures<sup>41</sup>; or, as most of the doctrine agreed, whenever they knew, they should have known, or they should have doubted the serious or irreversible risks associated with a given activity.<sup>42</sup> By doing so, in the writer point of view,

<sup>39</sup> G. Futsaeter, S. Wilson, 'The UNEP Global Mercury Assessment: Sources, Emissions and Transport', 2013.

<sup>40</sup> "La fluidità del principio di precauzione è del resto una realtà con la quale occorre fare i conti, strettamente legata ai contorni sfumati della sua definizione e al differente valore giuridico riconosciutogli nei singoli ordinamenti nazionali... Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale italiana emerge pertanto come il principio di precauzione assuma rilievo in due differenti sedi, legislativa ed amministrativa, nell'ambito del procedimento che porta all'adozione di una legge (e nel suo eventuale sindacato di legittimità costituzionale) o di un provvedimento amministrativo (e nel possibile ricorso amministrativo promosso avverso di esso), quale l'autorizzazione all'esercizio di una determinata attività o un'ordinanza di necessità e urgenza" see, R. Bertuzzi, A. Tedaldi, 'Il principio di precauzione in materia ambientale' ([tuttoambiente.it](http://tuttoambiente.it)) <[www.tuttoambiente.it/commenti-premium/principio-precauzione-materia-ambientale-tentativi-definizione-livello-sovranaazionale-esempi-italiano-francese/#\\_ftnref2](http://www.tuttoambiente.it/commenti-premium/principio-precauzione-materia-ambientale-tentativi-definizione-livello-sovranaazionale-esempi-italiano-francese/#_ftnref2)> (accessed on 10 December 2020).

<sup>41</sup> S. Leoni, *Il principio di precauzione in diritto ambientale*, in *Diritto all'ambiente*, [dirittoambiente.com](http://dirittoambiente.com). M. Marchese, *Il principio di precauzione tra luci ed ombre*, in [comparazioneDirittocivile.it](http://comparazioneDirittocivile.it), p. 3. L. Butti, *Principio di precauzione*, *Codice dell'Ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. ambiente*, fasc.6, 2006, pag. 809. G. Di Cosimo, *Corte Costituzionale, bilanciamento di interessi e principio di precauzione*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), n. 3/2015; G. Di Cosimo, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 25/2006; D. Lecourt, *Le principe de précaution engendre la peur et inhibe l'innovation*, 29 novembre 2016, in [lefigaro.fr](http://lefigaro.fr); M. Prieur, *Le principe de précaution*, in [legiscompare.fr](http://legiscompare.fr); E. Ewald, *La précaution, une responsabilité de l'État*, *Le Monde*, 11 marzo 2000.

<sup>42</sup> "Le principe de précaution consiste à dire que non seulement nous sommes responsables de ce que nous savons, de ce que nous aurions dû savoir mais, aussi, de ce dont nous aurions dû nous douter" see, J.-M. Lavieille, *Les principes généraux du droit international de l'environnement et un exemple : le principe de précaution*, 2011. "The Treaty of Maastricht embodied both the concept of sustainable economic development

international law can be adequately applied to maintain good environmental standards through its important existing set of environmental principles and rules. Of note, in today's Minamata Convention context, the principles of non-regression<sup>43</sup> and *in dubio pro natura* could functionally work as an environmental guarantee to keep on adopting an environmentally safe approach to development.

At the top of that, the preamble implies recognition of the role of the WHO as responsible of the global health governance by acting ethically toward human life as well as by establishing rules and standards on critical issues.<sup>44</sup> The same paragraph underlines the importance of the multilateral environmental agreements: the Minamata Convention on mercury is benefiting, in particular from the earlier conventions on the hazardous substances.<sup>45</sup> Additionally, it is possible to combine two legal principles that feature contemporary international law: (i) the principle of no hierarchy<sup>46</sup> between the Minamata Convention on mercury and other international legal instruments and (ii) the principle of mutual supportiveness usually considered as a “legal tool to address tensions between competing regimes, namely trade and environment”.<sup>47</sup>

---

and several principles of international environmental law, namely (i) prevention principle; (ii) polluter pays principle, (iii) precautionary principle” see, G. Poderati, ‘Brexit: challenges and opportunities in the EU-UK environmental law & policy framework’ (on file with the author, article forthcoming in 2021). L. Boy, ‘La nature juridique du principe de précaution’, in *Natures Sciences Sociétés*, 1999, vol. 7, n° 3, p. 5-11. M. Rémond-Gouilloud, *L'ère de la précaution*, Colloque sur “Vous avez dit progrès?”, *Revue Archimède et Léonard*, in *Carnets de l'association internationale des techniciens, experts et chercheurs*, n° 10, 1993-94, p. 63. The precautionary principle works to avoid further deterioration and when there is scientific uncertainty regarding measures to be taken for conservational purposes too, see the International Tribunal for the Law Of the Sea, *Southern Bluefin Tuna Cases*, Requests for provisional measures, order, 1999: “the court or tribunal may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment”.

<sup>43</sup> “The Rio +20 Conference reminded us of the necessity to secure commitments made during Rio1992. The notion of “non-regression” has thus been integrated into international law with an amendment presented by the Group of 77 during negotiations in New York (May 2012). Due to the efforts of Professor Prieur and many environmental legal experts, this safeguard was made possible. Although this amendment’s wording remains cautious and cannot yet be considered as a new principle of environmental law, it does guarantee the legal advances obtained at Rio 1992, based on which numerous countries have or will constitutionalize environmental law. However, the author reminds us of the necessity to enshrine the principle of non-regression in order to avoid circumvention—on the basis of the precautionary principle for example—still too frequently adopted as the “rule”, Prieur M (2013) ‘La non-régression, condition du développement durable’, *Vraiment Durable*, 3/1:179-184.

<sup>44</sup> WHO *Engaging for Health 11th General Program of Work, 2006-2015 A Global Health Agenda*, May 2006.

<sup>45</sup> Minamata Convention, *supra* n.1, preamble para 9.

<sup>46</sup> M. Koskeniemi refers to the “Legal reason is a hierarchical form of reason, establishing relationships of inferiority and superiority between units and levels of legal discourse”, in *Hierarchy in International Law: A Sketch*, in *The European Journal of International Law*, EJIL, 1997, pages 566-582.

<sup>47</sup> R. Pavoni, *Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the ‘WTO-and-Competing-Regimes’ Debate?*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 21 no. 3, EJIL, 2010.

A criticism should be done, within the context of the preamble of the Minamata Convention on mercury. Precisely, there is no specific legal provision related to the principle of pollutant pays.<sup>48</sup> The spirit of the negotiators probably was to take it in consideration simply by broadly reaffirming the linkages with the principles of the Rio Declaration 1992.<sup>49</sup> By the way, the absence of any specific provision related to this principle could be problematic in ascertaining the responsibility of the polluters. Last but not least, the preamble authorizes the governments *to take additional measures to protect the human health and the environment* at the domestic level keeping in mind the content of the Minamata Convention on Mercury.

- *Objective and Definitions*

Article 1 of the Minamata Convention plainly states that the objective is “to protect the human health and the environment from anthropogenic emissions and releases of mercury and mercury compounds”. Analyzing the terminology, there are marked similarities between the Minamata Convention and the Stockholm convention. Both of them are aimed at taking measures directed to the protection of the human health and the environment. Clearly, the Stockholm Convention is based on a precautionary approach while the Minamata Convention focuses on prevention. During the negotiations<sup>50</sup> of the Minamata Convention, it was debated whether to specify or not in this article the ways to achieve this objective, e.g. by means of the reduction or elimination of the anthropogenic emissions or releases. However, by targeting these emissions and releases, the convention provides a discipline for the entire *life cycle* of mercury merely excluding the quantities of mercury used for research activity and mercury added products as well as the natural amounts of mercury that are

---

<sup>48</sup> See, Principle 16 of Rio Declaration 1992 refers to the internalization of environmental costs based on pollutant pay principle.

<sup>49</sup> F.X. Perrez, (on file with the author) “The polluter pays principle received throughout the negotiations support by several government delegations and from NGOs in the context of the discussions of the preamble, mercury containing wastes, contaminated sites, storage, and finance. However, it remained unclear how the polluter pays principle could and should be operationalized and no concrete wording proposal was submitted during the negotiations. Delegations were similarly satisfied with the general reaffirmation of the Rio Principles”. See, IISD, *Earth Negotiation Bulletin (ENB)*, 28:6.

<sup>50</sup> “Other options discussed during the negotiations have focused on the minimization and, where feasible, ultimately elimination of anthropogenic mercury releases, on the prevention of the risk or of adverse effects on human health and the environment, or on the recognition of the life-cycle approach”, IISD, *Earth Negotiation Bulletin (ENB)*, 28:6.

persistent in the environment.<sup>51</sup>

The definitions listed in article 2, namely those related to the “Best available techniques” and “Best environmental practices” (similarly outlined before in the earlier conventions, specifically within BRS system, on hazardous substances), show once again that the Convention’s main target is the prevention by minimizing the use of mercury and by doing socioeconomic considerations.<sup>52</sup> With this purpose, article 2 (b) declares that: “Best available techniques means those techniques that are *the most effective to prevent* and, where that is not practicable, *to reduce emissions and releases of mercury* to air, water and land and the impact of such emissions and releases on the environment as a whole, taking into account economic and technical considerations for a given Party or a given facility within the territory of that Party”. As for the “best environmental practices”, it is intended to operationalize the principle of prevention through “the application of the most appropriate combination of environmental control measures and strategies” (Article 2 (c)).

In the line with the BRS conventions, the regional economic integration organizations are also defined in the text of the Minamata Convention. This definition is always regarded with great interest particularly taking in consideration the position of the European Union (beside the others organizations: ASEAN, NAFTA, EFTA, MERCOSUL) as party of the convention and the today’s globalization of trade.

- *Mining*

It is successfully stated in article 3 (3) – (4) of the Minamata Convention that the so-called primary mining will be definitively banned. That could be considered as a good provision keeping in mind the objective to reduce the use of mercury at the global level. With the sole intention to facilitate some countries<sup>53</sup> namely China, Kyrgyzstan, Chile in closing their mercury mines, the provision allows existing mining to continue for a period up to fifteen years after the ratification process of the convention is concluded. This provision certainly is the outcome of very hot interest-

---

<sup>51</sup> F. Petrucci, ‘Il mercurio nel nuovo panorama normativo internazionale ed europeo’ (*reteambiente* 11 December 2020) <[www.reteambiente.it/normativa/29144/il-mercurio-nel-nuovo-panorama-normativo-internazionale-ed-e/](http://www.reteambiente.it/normativa/29144/il-mercurio-nel-nuovo-panorama-normativo-internazionale-ed-e/)>accessed 14 December 2020.

<sup>52</sup> In this context, the scientific definitions of mercury provided in the text (referred in articles 2 and 3) are methodologically important, namely mercury compounds and mercury added products.

<sup>53</sup> H. Selin, *supra* n.32, page 8.

based negotiations among the Parties due to the fact that this kind of restriction will really support the minimization of the use of mercury. However, the same article established that over this *tolerance or grace period* (after the ratification) the quantity of mercury could be used only for determined purposes: (i) in manufacturing of mercury-added products in accordance with article 4 and (ii) in manufacturing processes in accordance with article 5. Furthermore, the parties have to take measures to implement two specific obligations. First, they must “identify individual stocks of mercury or mercury compounds exceeding 50 metric tons, as well as sources of mercury supply generating stocks exceeding 10 metric tons per year, that are located within its territory”. Second, whereas there is an excess of mercury this has to be considered as waste and consequently to be treated in accordance with the set of rules established in the Basel Convention, mainly following<sup>54</sup> the principle of environmental sound management of the toxic wastes. Interestingly, there is an integrative technique for which Parties to the Basel Convention can follow the definitions of wastes and the norms related to their disposal, while non-Parties to the Basel Convention (e.g. United States of America) must follow article 11 of the Minamata Convention without changing effects in terms of implementation and effectiveness.

- *Trade of mercury*

The Minamata Convention shaped the discipline on the trade of mercury on the base of the Prior Informed Consent (PIC) procedure derived from the Rotterdam Convention. According to article 3 (6), the export of mercury is authorized to a Party exclusively by the written consent of the importing country, particularly, in two exceptional cases: (i) when the importing country will make a use of mercury that is allowed under the convention or (ii) when the use of mercury is linked to reasons related the environmental sound *interim* storage as it is disciplined with reference to article 10 of the same Convention. At the same time, an importing country non-Party must authorized by a written consent the exporting country providing also a certification on the base of which it must be showed that the non-Party, beyond ensuring a use allowed (under the Convention), has taken measures in order to *ensure the protection of human health and the environment and to ensure its compliance with*

---

<sup>54</sup> Minamata Convention, *supra* n.1, article 11.

*article 10 and 11* of the Convention. On the same line to ensure an equal treatment between Party and non-Party of the Convention, article 3 (8) prescribed that the exporting country non-Party<sup>55</sup> to the Convention has to certify that such mercury is not produced from new mercury mining or from the decommissioning of chlor-alkali facilities considered “not allowed sources” in article 3 (3) – (5) of the Convention.

It will be very interesting to see if these provisions will function for instance with reference to the fair trade gold certifications<sup>56</sup> involving trade and mining sectors. To this extent the Minamata Convention did not mention any specific norm or juridical link and this gap probably would be filled at the domestic level unilaterally by each governments.

- *Storage and Disposal*

The protection of the human health and the environment gains effectiveness by managing - in an environmentally sound manner - the storage of mercury and mercury compound. In accordance with article 10 of the Minamata Convention, the parties have the obligation to guarantee this by following all the related standards or requirements contained in the guidelines given by the Conference of the Parties or others elaborated in the context of the Basel Convention. Further, there is an express option - for the Conferences of the Parties - to create other specific scientific and technical standards by adopting an additional annex to the convention (following the procedure in article 27).

As it is highlighted through specific references in article 11 (1) – (2), the Minamata Convention on mercury is benefiting from the legal framework of the Basel Convention also in the particular field of disposal operations of mercury waste. Specifically, article 11 (3) established a set of precise rules for the Parties to the Convention. First, as it is stated for the storage of mercury and mercury compounds, the parties have to manage in an environmentally sound manner the mercury waste, paying attention to the guidelines of the Conference of the Parties and to the Basel Convention. Secondly, Parties can put in place technical operations of recovering,

---

<sup>55</sup> H. Selin stated, “Based on a US proposal, however, a party submitting a general notification of consent to the secretariat can decide to not require such certification for each separate import from non-parties. This option is available until the second conference of the parties to the convention (COP-2), unless extended by the parties at that time”, *supra* n.32, page 9.

<sup>56</sup> E. Blackmore, C. Holzman, A. Buxton, *Scaling up certification in artisanal and small-scale mining Innovations for inclusivity*, IIED Linking Worlds Working Paper No. 2, UK, 2013.

recycling and re-using are authorized exclusively for the use allowed or for waste management disposal of mercury. Thirdly, transboundary movement of mercury waste is exceptionally permitted in order to conduct environmental sound disposal activities, and the Parties can apply the PIC system of the Basel Convention.<sup>57</sup>

Thus, scientific and technical cooperation at intergovernmental level and between the Conferences of the Parties with the bodies of the Basel Convention assumed a very significant importance in order to develop capacity building in developing countries, in countries with economies in transitions as well as in small developing islands, especially through active partnerships that are able to include the private sector. A similar kind of cooperation has to be realized to identify and to manage the so-called contaminated site too.<sup>58</sup>

- *Mercury discipline: products and processes*

Once again, in one of its key provisions, the Minamata Convention is technically benefiting from the BRS system on hazardous chemicals. With particular regards to the discipline related to the use<sup>59</sup> of mercury-added products, it is possible to assert that it is adopted the listing technique (similar to the mechanism of the Stockholm Convention). Particularly, the discipline incorporated in article 4 makes reference to the Annex A that is divided in two parts, respectively: (i) List of the products to be phased out within a specific timeline set for 2020 and (ii) Products subject to restrictions (it refers exclusively to the category of dental amalgam).

For what it is concerned to the first category, it is important to clarify that the Parties can register for a specific exemption following the procedure established in Article 6. With reference to some countries (e.g. China, India), this possibility, theoretically, should facilitate the implementation of the provisions which imply an almost radical change in several sectors of their own economies (that not only concerns the use but also the production of these products); consequently, these countries can have sufficient time to upgrade and to adequate their own standards. Furthermore, article 4 (2) allows the parties (alternatively to what it is stated in article 4 (1)) to “implement different measures or strategies to address products listed in Part I of Annex A. A Party may only choose this alternative if it can demonstrate that

<sup>57</sup> P.M. Dupuy, J.E. Viñuales, *supra* n. 29.

<sup>58</sup> Article 12 of the Basel Convention contains procedural obligations to take a risk assessment.

<sup>59</sup> As for the word use, it is intended the manufacture, import and export.

it has already reduced to a *de minimis* level the manufacture, import, and export of the large majority of the products listed in Part I of Annex A and that it has implemented measures or strategies to reduce the use of mercury in additional products not listed in Part I of Annex A". For instance, as it was showed this is the case of the United States of America.<sup>60</sup>

Conversely, for the second category established in Part II of the Annex A - i.e. dental amalgam<sup>61</sup> - the Convention is stirring towards a reduction instead of an elimination of the use of mercury in harmony with the WHO political considerations.<sup>62</sup> However, Part II of the Annex A also provides for a set of specific measures in this regard. *Two or more* of those listed measures (e.g. restricting the use of dental amalgam to its encapsulated form or promoting the use of best environmental practices in dental facilities to reduce releases of mercury and mercury compounds to water and land) have to be taken into account by the Parties at the domestic level in order to effectively proceed towards a minimization of the use of mercury in dental amalgam. For many practical aspects, this is a critical point because the text of the Convention is very tolerant allowing the Parties to assume *at least* two measures of those listed.<sup>63</sup>

The discipline related to the *manufacturing processes in which mercury or mercury compounds are used* is the outcome of the functional normative link between article 5 and Annex B. In principle, the use of mercury is prohibited in any manufacturing processes. The parties can request specific exemptions (like in the situation of mercury-added products) following the procedure established in article 6. Alongside that, it is necessary to specify that Annex B Part I contains a list of processes where mercury must not to be used, namely: (i) the chlor-alkali production by 2025 and (ii) the acetaldehyde production in which mercury or mercury compounds are used as a

<sup>60</sup> F.X. Perrez, *supra* n. 38 "The US however could not accept the prohibition of the manufacture, import or export of mercury-added products listed in Part I of Annex A of the Convention. The US had argued that while they are effectively implementing stringent policies to address mercury-containing products, it couldn't adopt legislation at the national level not allowing the import of such products. Finally, a compromise could be found which was again targeted to the specific legal situation in the US: in principle, no Party shall allow the manufacture, import or export of listed mercury-added products, but a Party may, as an alternative, indicate that it will implement different measures or strategies to address listed mercury-containing products".

<sup>61</sup> "Dental fillings are exempt from the 2020 ban. Countries agree to a phasedown of mercury in fillings by promoting alternatives, creating dental programs to minimize the need for fillings or taking other steps", B. Bienkowski, *The Minamata Convention: 12 things it does (or doesn't do)*, in Environmental Health News, October 2013.

<sup>62</sup> F.X. Perrez (interviewed on 27<sup>th</sup> April 2014, in Berne (CH)) "The WHO was not in favor of a complete elimination of the use of mercury in medical devices: e.g. dental amalgam".

<sup>63</sup> J.T. Contreras, T.K. Mackey, B.A. Liang, *Global Amalgam Governance: The Need for Clinician Leadership*, Inside Dentistry, Volume 10, Issue 1, AEGIS Communications, January 2014,

catalyst by 2018. But at the same time, the Minamata Convention is moving towards a systematic reduction of the use of mercury too, by establishing singular measures in order to reach the minimization goal for three kind of processes listed in Annex B Part II, namely: (i) Vinyl chloride monomer production<sup>64</sup>, (ii) Sodium or Potassium Methylate or Ethylate and (iii) Production of polyurethane using mercury containing catalysts.

In this disciplinary context, it is essential to highlight the role of the Secretariat. In fact, with reference to article 5 (4), the Secretariat has to gather and manage information and make them publicly available. In so doing, the Minamata Convention attempts to facilitate an exchange of information<sup>65</sup> among the parties concerning the *new technological developments*.

- *Special Focus: on emissions, release and Artisanal Small-Scale Gold Mining (ASGM)*

Before analyzing and commenting the relative discipline of this sector contained in the Minamata Convention 2013, it is necessary to conduct a very important preliminary observation. Predominantly, mercury today, through the Minamata Convention, is recognized as a global danger<sup>66</sup> because of its scientific properties and characteristics and overall for its capacity to produce long-range transboundary pollution as well as to be transported in the atmosphere by anthropogenic emissions as assessed in the UNEP Mercury Global Assessment 2013. With regards to this particular ability, it is important to put the light on the International Convention on Long-range Transboundary Air Pollution 1979, and specifically on the VIII Protocol on Heavy Metals. As a matter of fact, mercury found its initial international regulation in this protocol together with other two heavy metals, namely lead and cadmium.

The Heavy Metals Protocol (adopted in 1998 and entered into force in 2003) has

---

<sup>64</sup> F.X. Perrez, *supra* n. 38 “The restrictions on VCM production was particularly hard to agree on since the use of mercury in this production is only used in China, and they were not willing to agree on a fixed phase-out date, but to make a phase-out dependent upon a decision of the Conference of the Parties that that mercury-free catalysts based on existing processes have become technically and economically feasible. Another hard part in the negotiations was setting the phase-out date for the use of mercury in the chlor alkali production. Since it is a process that is being already phased out internationally, most countries considered that 2025 was unnecessary late. However, Russia insisted on this late phase-out date and it was finally was agreed upon at the INC5”.

<sup>65</sup> Minamata Convention, *supra* n. 1, art. 5 paras 8 and 9.

<sup>66</sup> “The work to reduce mercury pollution cannot be accomplished by individual countries alone”, see *Mercury management in Sweden*, Swedish Environmental Protection Agency, 2013.

the main objective to “control emissions of heavy metals caused by anthropogenic activities that are subject to long-range transboundary atmospheric transport and are likely to have significant adverse effects on human health or the environment”.<sup>67</sup> In order to reach this main goal, it established a regulation encouraging the parties to take certain measures. By differentiating between existing and new stationary sources, Article 3 identifies two *basic obligations* that the parties have to implement: (i) to use the best available technologies (BAT) and the best environmental practices (BEP) as defined in Annex III; (ii) to reduction the level of emissions under the limits specified for *each stationary sources* in Annex V. Thus, it is important to logically combine each and every time article 3 with the Annexes that contain the appropriate details and information.

Furthermore, article 5 established a set of measures that the parties *may take or apply*, for instance: (i) measures to phase out certain heavy metal emitting processes where substitute processes are available on an industrial scale; (ii) measures to develop and employ cleaner processes for the prevention and control of pollution. From a linguistic point of view, article 5 asserts that the parties are not required to take measures<sup>68</sup> considered as rigorous or better to say more stringent.

Having regard to this specific aspect, the Minamata Convention represents an evolution in the international regulation of mercury. In fact, realized in the form of a convention plus annexes, it aims at the adoption and implementation of more stringent and specific measures in order to reduce or to eliminate the emissions and releases of mercury in the environment to protect human health. This intent of the parties can be noted in the preparatory works of the convention, precisely in the documents reporting information about “the first session of the Intergovernmental Negotiating Committee (held in Stockholm in 2010) that have marked the formal launch of negotiations”.<sup>69</sup> Moreover, the Minamata Convention has a global scope and it is designed to be legally binding at the global level considering both developed countries and developing countries. Conversely, the CLRTAP is centered on the transboundary air pollution inherent to macro-areas site in industrialized countries (chiefly in Europe) and correspondingly excluding the developing countries. The road taken by the Minamata Convention implements an important idea: in order to face a global danger like mercury, it is necessary to find a global solution through a cooperation that involves the highest number of countries possible.

---

<sup>67</sup> Heavy Metals Protocol, art. 2.

<sup>68</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>69</sup> INC1\_4 and INC1\_5.

Appropriately, the Minamata Convention has been defined as a compromise with potential,<sup>70</sup> providing for a more comprehensive international regulation on mercury by technically distinguishing among ASGM (article 9), emissions (article 8) and releases (article 9) and by making reference to the corresponding Annexes.

Briefly analyzing, for what concerns the ASGM (considered as the largest source of global atmospheric mercury emissions) the main objective is to realize a gradual reduction of “to reduce, and where feasible eliminate, the use of mercury and mercury compounds in, and the emissions and releases to the environment of mercury from, such mining and processing”.<sup>71</sup> Hence, it is essential to develop under the supervision of the Secretariat a national action plan mandatory following the requirements provided in Annex C. The Parties<sup>72</sup> have to cooperate spontaneously making use of existing information exchange mechanisms to share any relevant information regarding the adoption of the best available technologies and best environmental practice.

The Minamata Convention has a proper legal framework regulating the emissions of mercury (also known as *total mercury*) to move globally towards a control and reduction. According to article 8, the Parties have fulfill the obligation to control the emissions and at the same time for this purpose they can adopt, under the supervision of the Conference of the Parties, a national plan to organize their action orienting that towards specific *expected targets*. Importantly, the Parties have to fulfill the general obligation of establishing and maintaining an inventory of the emissions from the relevant sources within the time limit of five years *after the date of entry into force of the Convention*.<sup>73</sup> Once again following the article 8 (4) – (5), it is visible a definite linkage with the CLRTAP in differentiating this kind of sources of emissions, namely (i) new sources and (ii) existing sources. As in the CLRTAP (called before new stationary sources), for the new sources the Parties have to adopt BAT and BEP;

<sup>70</sup> “The result is a compromise that falls somewhat short of European expectations in terms of two of the most significant sources of emissions, but which establishes clear targets in other areas. Further negotiations are planned to close the remaining gaps in the agreement. In the coming years, the agreement could be gradually expanded and its provisions tightened – objectives that Europeans should actively promote”, N. Simon, *The UN Minamata Convention on mercury, A compromise with potential*, GIISA, 10 March 2013.

<sup>71</sup> Minamata Convention, *supra* n.1, art. 7, para 2.

<sup>72</sup> F.X. Perrez *supra* n. 38 “Although being a very large and socially very complex source of mercury emissions, and action in the area having clear trade and developmental implications, the area was one of the early ones to finish - basically there was an agreement at INC 3. However, this was only after the issue of banning trade in mercury for the purpose of ASGM was set aside for the discussions on trade. In the latter discussion on trade for the purposes of ASGM, it was decided not to include an overall ban on trade, but export of mercury from primary mining and chlor-alkali facilities is not allowed for ASGM”, by referring to the ENB, 28:8 and to the Minamata Convention, art. 3 paras 4 and 5.

<sup>73</sup> Minamata Convention, *supra* n.1, art. 8 para 7.

in this case, it is not mandatory but just voluntary the preparation of a national plan. This time the provision seems to be more stringent because these have to be adopted within the time limit of five years *after the date of entry into force of the Convention for that Party*.

While regarding the existing sources, there is a different regime. With reference to article 8 (5), the Parties have to prepare a national plan and have to take one or more of the listed measures (precisely, *a quantified goal, emission limit, use of BAT and BEP, a multi-pollutant control strategy and alternative measures to reduce emissions*) within the time limit of ten years *after the date of entry into force of the Convention*. In this context, it is relevant the role of the Conference of the Parties in producing guidance for the use of BAT and BEP as well in supporting the implementation of the measures taken into account by the Parties.

Similarly, the Minamata Convention contains a specific provision<sup>74</sup> with the objective to simply reduce “releases of mercury and mercury compounds, often expressed as *total mercury*, to land and water from the relevant point sources not addressed in other provisions of this Convention”. For achieving this goal, the Convention established a normative quite similar to the one related to the emissions. The peculiar difference (not mentioned in the context of the emissions) consists in settling the general obligation for the Parties to identify the relevant point source categories within the time limit of three years *after the date of entry into force of the Convention*.

## Section IV

### Conclusions

Due to the considerable potential damages that mercury can cause to human health and environment due to its scientific profile, this subject has taken a central position in the world’s consciousness being now addressed as a global concern.

Many economic and medical activities are centered on the use of mercury at the domestic level, such as trade, mining and ASGMs as well as operating storage and disposal facilities. Today as in the past are able to put in danger human health and environment affecting entirely the ecosystem. These activities have the peculiar characteristic of being able to produce transboundary pollutant effects both in the air,

---

<sup>74</sup> Minamata Convention, *supra* n.1, art. 8 para 1.

soil as well as water out from the jurisdiction of the sovereign states.<sup>75</sup> The nature of this issue requests the adoption of globally binding agreements because the unilateral or bilateral (even regional) action of States otherwise would be ineffective.

On a personal note, the mere existence of the Minamata Convention itself is a success. Hence, it can be considered as the outcome of many international efforts in tackling multilaterally the use of mercury. It gives an enormous contribution in establishing certain common rules, *inter alia*, to harmonize the regulations of certain activities phasing out mercury at the domestic level and to prevent global environmental degradation reconciling environmental protection with development. In achieving this objective States (both developed and developing countries) dealt in a number of intergovernmental negotiations with socio-economic aspects and legal issues for keeping themselves in line with their sustainability efforts.

Of note, this Convention is somewhat *limited* in regulating the use of mercury. Inappropriately, it does not specifically address the issues of the liability of the polluters<sup>76</sup> and it is too tolerant *inter alia* in determining the phase out of mercury e.g., dental amalgam<sup>77</sup> and in seeking to minimize ASGM's emissions (considered as main source of mercury pollution).

Against these two limits, a real novelty of the Convention is the wording of article 16 on Health Aspects, an innovative legal technique in dealing with the public health<sup>78</sup> impact of global environmental problems. This provision represents a fundamental step in linking the two spheres of health and environment, since it expressly invites the Parties to (i) set programs and strategies to protect a specific part of population that could be at risk by offering health care services, (ii) organize educational plans in managing mercury, (iii) foster the institutional health care system by inviting the COP to cooperate exchanging information with particular

<sup>75</sup> Conference on *Mercury Rising in the Arctic* held in March 2012 by NilandriBasu at the University of Michigan in occasion of 125<sup>th</sup> Anniversary of the Department of Environmental Science.

<sup>76</sup> E. Johnston, *Minamata mercury treaty finds skeptics*, Japan Times, 07<sup>th</sup> October 2010.

<sup>77</sup> A.V. Tibau, International Advocate Californians for Green Dentistry (interviewed *online* on 22<sup>nd</sup> of May 2014) stated "If we allow mercury to be continued to be used in any application in the human body, it is criminal...No longer can the long held excuses be used, i.e. for dental mercury, it is cheap and easy to use and is long lasting - it is the most toxic non-radio active material known to man...it is an absolute in science that it is a poison and will always be toxic to any living creature. The continued use of mercury in any product or process is indefensible in 2014...The fact that a specific treaty was created due to the horrific dangers that this element poses should be enough to simply ban it, as it has been done in the Nordic region and this can be replicated globally". Also, A.V. Tibau *The future of dentistry in a world without mercury: An NGO's perspective*, Dental Tribune, 7<sup>th</sup> October 2013.

<sup>78</sup> M. Neira, WHO Director Public Health and Environment, (interviewed on 28<sup>th</sup> March 2014, Geneva (CH)). Also, see the article *Health is the key in motivating to solve environmental problems*, published in the WHO's website: [http://www.who.int/quantifying\\_ehimpacts/publications/previdsvideo/en/](http://www.who.int/quantifying_ehimpacts/publications/previdsvideo/en/)

reference to WHO and ILO.

As mentioned in the introduction of this paper, the Minamata Convention has been ratified by Italy in October 2020. It is important to highlight that the Italian Council of Ministries, under EU laws<sup>79</sup>, recently drafted a proposal of a DLGS embodied with sanctions for the violations of the regulations on the use of mercury. This is an important progress in the normative development giving meaningful signs of enforcement of the environmental law at the European and domestic levels with special reference to contaminated sites.<sup>80</sup>

As a final note, the whole text of the Convention (for instance see the part regarding products and processes) is somehow shaped by the so-called *holistic approach* of UNEP<sup>81</sup> towards a *cleaner production*, seeking to reduce environmental and health impacts by increasing the *eco-efficiency* of the preventive measures.

In the framework of international environmental law, the Minamata Convention is a smart legal instrument addressing human health<sup>82</sup> and environment by regulating a specific substance. Now it will be up to the States to sign and ratify the convention and to take the adequate measures at the domestic level by paying attention not only to the socio-economic aspects, but also to the ones concerning the global public health.

<sup>79</sup> Regulation 2017/852/Ue.

<sup>80</sup> “Il Consiglio dei ministri il 10 dicembre 2020 ha licenziato in via preliminare uno schema di DLGS recante le sanzioni per violazione del regolamento 2017/852/Ue sul mercurio... In particolare, si prevede l'arresto da tre a 9 mesi o l'ammenda da 50.000 a 150.000 € per violazioni alle restrizioni all'esportazione e all'importazione di mercurio, dei composti del mercurio e delle miscele di mercurio. lo schema DLGS ora affronta l'esame della Conferenza Stato regioni e delle commissioni parlamentari competenti prima di tornare sul tavolo del Consiglio dei ministri per l'approvazione definitiva” see, F. Petrucci, ‘Regolamento UE su mercurio, in arrivo sanzioni nazionali’ (*reteambiente.it* 14 December 2020) <[www.reteambiente.it/news/43385/regolamento-ue-su-mercurio-in-arrivo-sanzioni-nazionali/](http://www.reteambiente.it/news/43385/regolamento-ue-su-mercurio-in-arrivo-sanzioni-nazionali/)> (accessed 15 December 2020)

<sup>81</sup> *UNEP Sustainable production and consumption, Industry and the environment*, vol. 19/3, 1996, pages 4 – 5.

<sup>82</sup> G.L. Burci discussing the emergence of a right to a healthy environment asserted, “Environmental problems have consequences that go beyond the public health impact involving the ecosystem. By the way, health and environment go hand in hand within an intimate relationship”(Lecture on Global Health Law, 19<sup>th</sup> of May 2014 at the IHEID – Geneva (CH)). Reference to an article written by S. Atapattu, *The Public Health Impact of Global Environmental Problems and the Role of International Law*, *American Journal of Law and Medicine*, 30, Boston University School of Law, 2004, pages 283 – 304.

## TUTELA MULTILIVELLO DI AMBIENTE E SALUTE:

*il ruolo di Cedu e Unione Europea alla luce del caso dell'Ilva di Taranto.*

**Valentina Cavanna\***

**ABSTRACT** [ITA]: Il presente articolo si propone di investigare il carattere multilivello della tutela di ambiente e salute analizzando il ruolo svolto dalla CEDU e dall'Unione Europea, attraverso l'esame della normativa e della casistica rilevante, ed in particolare alla luce del caso ILVA di Taranto.

**ABSTRACT** [ENG]: *This article aims to investigate the multilevel nature of environmental and health protection analyzing the role played by the ECHR and the European Union, by examining the relevant legislation and case studies, and in particular in light of ILVA case in Taranto.*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione. – **2.** Tutela di ambiente e salute in ambito CEDU: il caso ILVA di Taranto. – **2.1.** L'articolo 8 CEDU e il caso ILVA – **2.2.** Riflessi sull'ordinamento interno. – **3.** Tutela di ambiente e salute nel contesto dell'Unione Europea. – **3.1.** Il caso delle "discariche abusive". – **3.2.** Il caso ILVA di Taranto. – **4.** Conclusioni.

---

\*Avvocato e dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni presso la Scuola di Dottorato dell'Università degli Studi di Torino. Indirizzo e-mail: valentina.cavanna@unito.it.

## 1. Introduzione.

La tutela della salute pubblica è un tema sempre più dibattuto in Italia soprattutto in connessione con le problematiche legate alla protezione dell'ambiente.

Innanzitutto, deve premettersi che il diritto alla salute e la tutela dell'ambiente (da intendere come una sorta di endiadi<sup>1</sup>) godono di una copertura costituzionale nel nostro Paese<sup>2</sup>; peraltro, il diritto alla salute è l'unico che la nostra Carta definisce "fondamentale"<sup>3</sup>.

Molti casi hanno dimostrato come tali questioni necessitino di una risposta che coinvolga più settori (quello della scienza e del diritto), nonché diversi campi del diritto stesso e che abbia una dimensione multilivello<sup>4</sup>, non limitata al diritto interno, in vista di una sempre maggiore tutela, anche in un'ottica di sviluppo sostenibile<sup>5</sup>(ovvero, auspicabilmente, verso un diverso tipo di sviluppo fondato sul rispetto della natura, la natura umana e quella della terra<sup>6</sup>).

<sup>1</sup> In argomento, anche per i riferimenti bibliografici, si consenta di rinviare a V. Cavanna, *Tutela di salute e ambiente: riflessioni a margine dell'emergenza Coronavirus*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, n. 4.

<sup>2</sup> Come noto, nel corso del tempo la Corte Costituzionale è intervenuta ripetutamente al fine di garantire la copertura, anche a livello costituzionale, dell'ambiente, mutuato dagli articoli 9 e 32 della Costituzione: in argomento, si veda, *ex multis*, B. CARAVITA - A. MORRONE, *Ambiente e Costituzione*, in B. CARAVITA - L. CASSETTI - A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, pp. 17-38.

<sup>3</sup> In relazione al diritto alla salute in ambito costituzionale ed amministrativo, si vedano *ex multis*: C. BOTTARI, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino, 2018; 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. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, pp. 9 ss.; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2018; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute - Dir.cost.*, in *Enc. Giur.*, CCXII, Roma, 1991; A. SIMONCINI - E. LONGO, Art. 32, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, VI, Milano, 2006; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012; R. BALDUZZI - D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI - G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, pp. 13 ss.; C. TRIPODINA, Art. 32, in S. BARTOLE - R. BIN (dir.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 321 ss.; L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

Sulla questione della "fondamentalità" del diritto alla salute si veda anche quanto indicato *infra* al Paragrafo 2.1.

<sup>4</sup> Così anche F. FONDERICO, *Ambiente (tutela dell'), I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XVI, 2008.

<sup>5</sup> A tal riguardo, è utile richiamare la definizione di sviluppo sostenibile del Rapporto Brundtland del 1987: «lo sviluppo che è in grado di soddisfare i bisogni della generazione presente, senza compromettere la possibilità che le generazioni future riescano a soddisfare i propri».

La dottrina ha tra l'altro affermato che, posto che la tutela dell'ambiente implica la necessità di un «diritto per principi», il principio dello sviluppo sostenibile deve essere inteso come garanzia procedurale nell'elaborazione delle scelte e delle decisioni discrezionali sulla definizione dell'equilibrio ecologico e sulla indicazione delle

La tutela dell'ambiente ha in effetti ricevuto nel tempo una sempre maggiore attenzione a diversi livelli: più specificamente, nel formante interno la protezione dell'ambiente è affidata a differenti strumenti (*in primis*, di diritto amministrativo<sup>7</sup> e penale); a ciò, si aggiungono – con diversa efficacia ed effettività, come vedremo *infra*

---

prestazioni che l'uomo è in grado di ottenere dalla natura, conservandone le capacità di prestazioni future. Come tale, costituisce una applicazione del principio della tutela delle future generazioni: così S. GRASSI, *Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, in R. BIFULCO – A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro: teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, p. 186.

Occorre poi menzionare in argomento gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile dell'Agenda 2030: all'obiettivo 3 si legge: «3.9 Entro il 2030, ridurre sostanzialmente il numero di decessi e malattie da sostanze chimiche pericolose e da inquinamento e contaminazione di aria, acqua e suolo»; l'obiettivo 12, «Garantire modelli sostenibili di produzione e consumo»; l'obiettivo 15, «Proteggere, ripristinare e favorire un uso sostenibile dell'ecosistema terrestre, gestire sostenibilmente le foreste, contrastare la desertificazione, arrestare e far retrocedere il degrado del terreno, e fermare la perdita di diversità biologica»: si veda la Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale ONU il 25 settembre 2015 dal titolo «Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile», consultabile all'indirizzo:

<https://unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf>.

A tal proposito, la necessità di ovviare alle conseguenze di uno sviluppo insostenibile, emersa nel corso del tempo, fa ripensare al secondo significato di ambiente teorizzato da M. S. Giannini nella sua (seppur risalente) “trilogia”, ossia «l'ambiente come fatto di mutua aggressione tra l'uomo e la natura», ove «si ritiene eticamente riprovevole aggredire l'ambiente se e in quanto lo si renda aggressivo; se l'azione umana non producesse questo evento dannoso per le collettività, l'aggressione dell'ambiente potrebbe provocare rimpianti, o altri fatti emozionali, ma non interesserebbe la normazione giuridica»; pertanto, ciò che rileva, secondo l'Autore, è il fatto che l'uomo sia privato della possibilità di fruire di terra, aria e acqua «secondo le *utilitates* che ciascuno di questi elementi è idoneo a prestare». A tal proposito, si veda M. S. GIANNINI, «Ambiente»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, pp. 15 ss.. Peraltro, una parte della dottrina ritiene opportuno superare il principio dello “sviluppo sostenibile” e teorizzare la diversa formula di “ambiente per lo sviluppo”, ove si verifica la compatibilità e addirittura la convergenza tra l'interesse all'ambiente e altri interessi (come trasporti ed energia): così G. ROSSI, *La “materializzazione” dell'interesse all'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2017, p. 20. In argomento si vedano anche: R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, Torino, 2006; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2017, pp. 182 ss..

<sup>6</sup> Che costituisce, secondo la dottrina, la terza fase nello sviluppo del diritto dell'ambiente: così G. ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2015, n. 2.

<sup>7</sup> In argomento, G. MORBIDELLI, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Quaderni dell'Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari*, 1998, n. 9, all'indirizzo <https://www.centrostudiparlamentari.it/website/quaderni/send/11-quaderno-9-seminario-1998/160-q09-07-giuseppe-morbidelli>.

– quello europeo<sup>8</sup> e quello internazionale, anche attraverso la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("CEDU")<sup>9</sup>.

Il diritto ambientale è in effetti un diritto "giovane", "esplosivo" alla fine degli anni Sessanta per ovviare ai fenomeni di inquinamento; ed è un diritto in continua evoluzione, che tende a reagire alle sollecitazioni delle sempre nuove esigenze che si manifestano a livello mondiale<sup>10</sup>. Peraltro, la "questione ambientale" «interroga tutti i saperi ed interroga quindi tutti i saperi giuridici e l'intero assetto ordinamentale»<sup>11</sup> e il valore ambientale stesso, a livello costituzionale, «è il risultato di un processo decisionale e di una assunzione collettiva di responsabilità che di volta in volta deve essere adeguata alle particolari esigenze degli equilibri ambientali che si debbono

<sup>8</sup> La dottrina sottolinea come nella disciplina unionale concernente le politiche ambientali trovano composizione sia gli interessi antropocentrici al perseguimento di un elevato livello di tutela dell'ambiente come habitat umano e come presupposto della qualità della vita, quanto quelli ecocentrici della salvaguardia della fauna, della flora e delle risorse naturali della biosfera, inclusa la conservazione della biodiversità e degli ecosistemi naturali e la lotta ai cambiamenti climatici: in tal senso, si veda P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004, pp. 29-30.

<sup>9</sup> Su cui si veda, anche per i riferimenti bibliografici, A. DI STASI, *Garanzie "multilivello" e tutela sostanziale nella 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)*, Milano, 2016, pp. 3 ss..

<sup>10</sup> Come autorevole dottrina ha osservato, infatti, «la tutela dell'ambiente si colloca in un difficile crinale tra le esigenze del progressivo sviluppo nella soddisfazione dei diritti fondamentali e le esigenze di tutela degli equilibri ambientali e della qualità del rapporto tra l'uomo e la natura»; la "questione ambientale" richiede pertanto anche risposte dallo Stato costituzionale, che si trova a dover affrontare il rapporto tra sviluppo e ambiente e a dover inglobare i nuovi valori che la crisi ecologica mette in evidenza: così S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, pp. 113 ss.. Altra dottrina ha affermato: «Se contemplato attraverso la lente del principio di sviluppo sostenibile, il diritto ambientale si candida al ruolo di «interfaccia» tra società e natura, se vogliamo di artefatto che, monitorando e registrando i cambiamenti ecosistemici, retroagisce sui comportamenti umani allo scopo di promuovere un processo permanente di aggiustamento dei «tempi storici ai tempi biologici», necessario alla salvaguardia delle nostre opportunità di sopravvivenza, in quanto specie»: così M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, p. 65.

<sup>11</sup> Così S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2017, n. 3. L'Autore ritiene che la Costituzione italiana sia "capace di futuro" in quanto, tra l'altro, essa è fondata su una visione solidaristica ed è aperta all'equità intergenerazionale ed allo sviluppo sostenibile. Analogamente, altra dottrina collega la visione solidaristica allo sviluppo sostenibile: «Il combinato disposto dei principi di sviluppo sostenibile e di solidarietà sociale risulta particolarmente proficuo nel settore della tutela dell'ambiente, in quanto il primo offre un essenziale fondamento giuridico all'applicazione del secondo. La solidarietà ambientale si giustifica non solo con riguardo alla tutela di situazioni attuali ma ancora di più nella prospettiva di salvaguardare le aspettative delle generazioni future, compito che non può essere svolto efficacemente che da un'istituzione stabile e destinata ad un futuro durevole, quale è quella statale (in senso lato)»: così P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Lexambiente.it*, 15 novembre 2008. Secondo altra dottrina, «il dovere di rispettare l'ambiente è la condizione per garantire un futuro ai nostri figli e una prospettiva all'intera umanità, di cui il diritto non è che un prodotto»: così F. FRACCHIA – F. MATTASSOGLIO, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di VIA e VAS alla luce del D.Lg. n. 152/2006*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2008, pp. 123-124.

perseguire»<sup>12</sup>; se l'ambiente ha una dimensione «poliedrica e multireferenziale», il legislatore diventa «propulsore degli interessi ambientali e del rispetto degli obblighi di solidarietà»<sup>13</sup>.

Se l'impatto delle attività umane sulle matrici ambientali è di fatto ineliminabile, non sono peraltro mancati (e non mancano) episodi di degrado ambientale, che hanno sollecitato risposte di vario tipo (più o meno efficaci e tempestive) da parte degli ordinamenti.

Sotto altro aspetto, la salute pubblica stenta a trovare una soddisfacente tutela nell'ambito dei procedimenti ambientali esistenti a livello nazionale e disciplinati in primo luogo dal Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152, il c.d. "Codice Ambiente"<sup>14</sup> (ed in particolare ci si riferisce alla Valutazione di Impatto Ambientale – "VIA"<sup>15</sup>, alla Valutazione Ambientale Strategica – "VAS"<sup>16</sup> e all'Autorizzazione Integrata Ambientale – "AIA"<sup>17</sup>).

<sup>12</sup> S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 118.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>14</sup> In argomento, si vedano *ex multis*: A. CROSETTI – R. FERRARA – F. FRACCHIA – N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018; A. MILONE, *Le Valutazioni Ambientali*, in R. FERRARA – C. E. GALLO, *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, Vol. II, Milano, 2014, pp. 135 ss.; G. DE GIORGI, *Le procedure integrate*, in R. FERRARA – C. E. GALLO, *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, Vol. II, cit., pp. 191 ss.; F. FRACCHIA – F. MATTASSOGLIO, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di VIA e VAS alla luce del D.Lg. n. 152/2006*, cit., pp. 121 ss.; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'Ambiente*, Milano, 2018; N. LUGARESÌ, *Diritto dell'Ambiente*, Milano, 2020; B. CARAVITA – L. CASSETTI – A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit.

<sup>15</sup> La VIA ha la finalità di «proteggere la salute umana, contribuire con un miglior ambiente alla qualità della vita, provvedere al mantenimento delle specie e conservare la capacità di riproduzione degli ecosistemi in quanto risorse essenziali per la vita» (articolo 4, c. 4, lett. b) del Codice Ambiente).

Essa è regolata a livello europeo dalla Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, del 13 dicembre 2011, in GUUE L 26 del 28 gennaio 2012, pp. 1–21; a livello nazionale è attualmente disciplinata dagli articoli 19 e seguenti del Codice Ambiente.

La VIA è un procedimento di natura tecnico-amministrativa avente il fine di individuare preventivamente i potenziali impatti che determinati progetti pubblici o privati possono comportare sull'ambiente, al fine di valutarne la compatibilità con lo stesso ed individuare – attraverso un'analisi comparativa tra il sacrificio ambientale e l'utilità socio-economica – le alternative possibili (compresa la c.d. "opzione zero").

<sup>16</sup> La VAS ha lo scopo di valutare preventivamente l'effetto dell'implementazione di piani e programmi «che possono avere impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale».

La VAS trova la sua origine a livello comunitario nella Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, del 27 giugno 2001, in GUUE L 197 del 21 luglio 2001, pp. 30–37.

Essa ha l'obiettivo di tutelare gli interessi ambientali nel corso dell'iter amministrativo (durante la loro elaborazione e prima della loro adozione) ed è attualmente disciplinata a livello nazionale dagli artt. 11 e seguenti del Codice Ambiente.

<sup>17</sup> L'AIA ha per oggetto la prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento proveniente da una serie di attività elencate e prevede misure intese a evitare, ove possibile, o a ridurre le emissioni nell'aria, nell'acqua e nel suolo, comprese le misure relative ai rifiuti, per conseguire un livello elevato di protezione dell'ambiente. L'AIA è attualmente disciplinata a livello europeo dalla Direttiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio,

Detti procedimenti includono senza dubbio la salute umana tra gli aspetti da tenere in debita considerazione (si pensi, a tal proposito, alla VIA, dove “popolazione e salute umana” rientrano espressamente tra i fattori da esaminare quando si valutano i possibili impatti di un progetto sull’ambiente<sup>18</sup>).

Tuttavia, anche alla luce delle osservazioni formulate dalla Commissione Europea<sup>19</sup>, può affermarsi che l’attuale disciplina della VIA e della VAS non esclude che, talvolta, alcuni possibili effetti negativi di un progetto o di un piano/programma siano sottovalutati, soprattutto per quanto concerne gli interessi non direttamente legati alla dimensione ambientale, ad esempio quelli connessi alla sfera sociale, che possono tuttavia essere rilevanti per la sostenibilità del territorio interessato. Infatti, le valutazioni ambientali tendono a focalizzarsi sui singoli comparti ambientali (aria, acqua, suolo, ecc.)<sup>20</sup>.

Inoltre, anche in relazione all’AIA, l’attuale dettato normativo non esclude il verificarsi di ipotesi in cui difetti un adeguato approfondimento, in particolare, dell’aspetto della salute<sup>21</sup>.

relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell’inquinamento), del 24 novembre 2010, in GUUE L 334 del 17 dicembre 2010, pp. 17–119; è regolata a livello nazionale dagli articoli 29-*bis* ss. del Codice Ambiente. Occorre dunque soffermarsi sulla definizione di inquinamento: l’art. 5, comma 1, lett. *i-ter*) del Codice Ambiente, definisce inquinamento «l’introduzione diretta o indiretta, a seguito di attività umana, di sostanze, vibrazioni, calore o rumore nell’aria, nell’acqua o nel terreno, che potrebbero nuocere alla salute umana o alla qualità dell’ambiente, causare il deterioramento di beni materiali, oppure danni o perturbazioni a valori ricreativi dell’ambiente o ad altri suoi legittimi usi». La predetta definizione di inquinamento implica che le condizioni dell’autorizzazione debbano essere tali da raggiungere un’elevata tutela dell’ambiente nel suo complesso, inclusa la salute umana.

<sup>18</sup> L’art. 5, comma 1, lett. c) del Codice Ambiente, nella sua versione attuale, definisce come segue gli impatti ambientali «effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto, sui seguenti fattori: popolazione e salute umana; biodiversità, con particolare attenzione alle specie e agli habitat protetti in virtù della direttiva 92/43/CEE e della direttiva 2009/147/CE; territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; interazione tra i fattori sopra elencati. Negli impatti ambientali rientrano gli effetti derivanti dalla vulnerabilità del progetto a rischio di gravi incidenti o calamità pertinenti il progetto medesimo».

<sup>19</sup> In argomento, si veda Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull’applicazione e sull’efficacia della direttiva VIA (direttiva 85/337/CEE, modificata dalla direttiva 97/11/CE) - Risultati ottenuti dagli Stati membri nell’attuazione della direttiva VIA*, COM(2003)334.

<sup>20</sup> Per fare un esempio: per quanto riguarda la VIA, spesso la componente salute pubblica è analizzata e valutata nell’ambito degli SIA in maniera insufficiente: in sostanza, dagli impatti sui fattori ambientali (aria, acque, suolo, rumore, radiazioni) vengono “mutuati” gli impatti sulla salute (inquinamento atmosferico, idrico, dei suoli, acustico, etc.) in termini di rispetto degli standard di qualità ambientale stabiliti dalle pertinenti normative di settore. Tuttavia, valutazioni basate sul rispetto dei limiti fissati dalle norme ambientali di settore sono considerate un approccio “minimo” ma non sufficiente, in mancanza di valutazioni integrate tra ambiente e salute.

<sup>21</sup> Si consenta di rinviare a V. CAVANNA, *L’aspetto della salute nell’Autorizzazione Integrata Ambientale*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2017, n. 5, pp. 337-342.

Peraltro, si ricorda che l'Organizzazione Mondiale della Sanità ("OMS") ha sposato una nozione ampia di salute, intesa non solo come assenza di malattia, bensì come «completo stato di benessere psicologico e sociale»<sup>22</sup>. Si tratta dunque di un concetto "olistico" di salute, fondato su aspetti biologici e sociologici, nel quale occorre dare rilevanza altresì alla percezione del rischio da parte della popolazione (e non solo dunque ad un rischio scientificamente valutabile attraverso i dati tossicologici ed epidemiologici). L'idea di fondo è quella che la salute e il benessere siano determinati dall'interazione tra fattori di natura genetica, ambientale e sociale (comprensiva delle opportunità e dei servizi di cui ciascun soggetto può usufruire)<sup>23</sup>.

Secondo la dottrina, una lettura "olistica" del diritto alla salute è da ricollegarsi alla portata potenzialmente inesauribile dello stesso, al suo contenuto aperto e alla scelta del costituente di lasciare un ampio margine per l'interpretazione del diritto, in modo che la norma si possa adattare progressivamente all'evoluzione dei tempi e della società<sup>24</sup>; peraltro, «agire sui determinanti sociali della salute, ossia sui fattori ambientali, comportamentali e di istruzione che incidono più o meno direttamente sullo stato di salute di una persona o di un gruppo di popolazione permette di ridurre le differenze nell'accesso ai servizi sanitari e può consentire di miglio[ra]re la gestione di talune politiche di sanità pubblica»<sup>25</sup>.

A tal proposito, l'OMS ha suggerito l'applicazione di un diverso procedimento, quello della Valutazione di Impatto sulla Salute – "VIS" – la cui implementazione è attualmente oggetto di studio anche nel nostro Paese<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> In argomento, A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., pp. 19 ss..

Sulla estensione della nozione di salute nel nostro Paese, si vedano *ex multis*: D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., pp. 15 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., pp. 8 ss. e 27 ss..

<sup>23</sup> Sui determinanti della salute si veda, *ex multis*, G. MACIOCCO, *I determinanti della salute. Una nuova, originale cornice concettuale*, in *SaluteInternazionale.info*, 25 gennaio 2009.

In argomento, si veda anche A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2014, n. 1, pp. 87 ss..

<sup>24</sup> Così L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, cit. p. 27. Sotto altro aspetto, l'Autrice sottolinea come «l'avanzamento scientifico, quindi, detta anche l'ampliamento verso l'alto del contenuto delle tutele: la ricerca scientifica, soprattutto quella in campo medico, è in continuo movimento e ciò produce uno spostamento del "confine verso l'alto" di quello che abbiamo definito il "perimetro del possibile"»: *ibidem*, p. 151.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>26</sup> In argomento, si vedano *ex multis*: F. BIANCHI - V. CAVANNA, *Stato attuale e prospettive della valutazione di impatto sulla salute in Italia*, in *Epidemiologia e Prevenzione*, 2019, n. 43 (2-3), pp. 127-128; V. CAVANNA, *Tutela di ambiente e salute: riflessioni "de iure condendo" tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2020, n. 1, pp. 29-35; V. CAVANNA, *Valutazione di Impatto sulla Salute: qualcosa di nuovo sotto il sole? (nota a CDS n. 983/2019)*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2019, n. 7, pp. 543-549; V. CAVANNA, *Valutazione di Impatto sulla Salute (VIS). Normativa, Linee Guida, Applicazioni Pratiche*, Milano, 2017.

Scopo del presente contributo è quello di analizzare, senza pretese di esaustività, la tutela di ambiente e salute offerta dalla CEDU<sup>27</sup> e nel contesto dell'Unione Europea attraverso l'esame della normativa e della casistica rilevante, ed in particolare del caso dell'ILVA di Taranto.

## 2. Tutela di ambiente e salute in ambito CEDU: il caso ILVA di Taranto.

Come noto, la CEDU non ricomprende espressamente, tra i diritti tutelati, il diritto all'ambiente<sup>28</sup> (né uno stato di salute inteso in senso "olistico"). Infatti, troviamo solamente l'art. 2 (Diritto alla vita)<sup>29</sup> e l'art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare)<sup>30</sup>. Tuttavia, è stato osservato che, attraverso la giurisprudenza della Corte EDU, la protezione dell'ambiente, intesa come diritto ad un ambiente salubre, si è affermata come un nuovo valore (come si vedrà meglio *infra*, il riferimento è in particolare a *López Ostra c. Spagna* del 6 dicembre 1994<sup>31</sup>, *Guerra e altri c. Italia* del 19 febbraio 1998<sup>32</sup>, *Di Sarno e altri c. Italia* del 10 gennaio 2012<sup>33</sup>)<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> In argomento, P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Milano, 2011, pp. 135 ss..

<sup>28</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, sentenza dell'8 luglio 2003, ricorso n. 36022/97, *Hatton e altri c. Regno Unito*.

<sup>29</sup> L'art. 2, comma 1 recita: «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena»

<sup>30</sup> L'art. 8 dispone quanto segue: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>31</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 9 dicembre 1994, ricorso n. 16798/90, *López Ostra c. Spagna*.

<sup>32</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, sentenza del 19 febbraio 1998, ricorso n. 14967/89, *Guerra e altri c. Italia*.

<sup>33</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 10 gennaio 2012, ricorso n. 30765/08, *Di Sarno ed altri c. Italia*. A tal proposito, di veda G. D'AVINO, *Il diritto di vivere in un ambiente salubre (art. 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, cit., pp. 821-852.

<sup>34</sup> È stato infatti affermato che «l'interrelazione tra ambiente e tutela dei diritti umani è stata evidenziata dalla Corte di Strasburgo, in un primo momento, tramite il meccanismo di protezione *par ricochet*, riconoscendo e tutelando l'ambiente sotto il profilo del rispetto del domicilio, della vita privata e familiare e della vita, successivamente, attraverso l'elaborazione di una giurisprudenza ambientale in grado di evolvere e trasformare la Convenzione europea in uno "strumento assolutamente vivente da interpretare alla luce delle concezioni prevalenti nella società"(...). In altri termini, pur non assumendo un rilievo autonomo, la protezione dell'ambiente si è affermata come un nuovo valore in grado di contribuire ad un più equilibrato bilanciamento tra

È stata dunque l'interpretazione offerta dalla Corte EDU ad attuare «una vera e propria *green jurisprudence* in grado di rendere la stessa Convenzione strumento di interpretazione attuale e rispondente alle sempre diverse esigenze della società»<sup>35</sup>. Peraltro, come si vedrà, la Corte EDU – in aggiunta ad obblighi “negativi” (di astensione da ingerenze arbitrarie) – identifica precisi obblighi “positivi” connessi all'art. 8 CEDU, tra cui l'obbligo di adottare azioni concrete per prevenire ulteriori violazioni del medesimo diritto<sup>36</sup>. Si è affermato, a tal riguardo, che dalla valorizzazione degli obblighi positivi dipende l'effettiva tutela della vita privata<sup>37</sup>.

Allo scopo, dunque, di investigare il nesso ambiente-salute, si è scelto di analizzare la sentenza della Corte EDU del 24 gennaio 2019, *Cordella ed altri c. Italia*<sup>38</sup>

---

l'esercizio dei diritti umani espressamente riconosciuti dalla Convenzione e il principio generale del rispetto dell'individuo, cui l'intero sistema di garanzia Cedu è orientato. Il percorso seguito dai giudici di Strasburgo ricalca sostanzialmente il dibattito interno della giurisprudenza costituzionale che, sulla base di una creativa interpretazione del combinato disposto degli artt. 32, 9 e 2 Cost., ha garantito una fonte di tutela al c.d. diritto ad un ambiente salubre»: così V. MANCA, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva. Riflessioni sulla teoria degli obblighi convenzionali di tutela*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, n. 1, pp. 262-263. In argomento, si veda anche T. SCOVAZZI, *L'interpretazione e l'applicazione “ambientalista” della Convenzione europea dei diritti umani, con particolare riguardo al caso “Urgenda”*, in *Riv. giur. ambiente*, 2019, pp. 619-632.

<sup>35</sup> F. ALBANO - L. CIMAGLIA, - L. OCCHIONERO, E. RUGGIERO, *Il caso Taranto. Ambiente e diritti umani nella sentenza Cordella e altri c. Italia: un'occasione mancata*, in *quotidianolegale.it*, del 27 novembre 2019; A. SCARCELLA, *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente: i principali «filoni» della Corte di Strasburgo*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2013, n. 2, pp. 129-137. In argomento, si segnalano L. Davitashvili (Ministro dell'Ambiente e dell'Agricoltura in Georgia e Presidente del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa), in occasione della Conferenza dal titolo *Environmental protection and human rights* svoltasi il 27 febbraio 2020, ha affermato: «Despite the absence of a specific reference to the environment in the Convention of Human Rights, the European Court of Human Rights has clearly established that various types of environmental degradation, ineffective assessment of environmental risks and obstacles while accessing the relevant information, can result in violations of substantive human rights, such as the right to life, to private and family life, the prohibition of inhuman and degrading treatment, and the peaceful enjoyment of the home. We are intending to strengthen cooperation in environmental protection through the Council of Europe, our main goal is to balance development and nature needs, to provide the healthy environment for current and future generations»: si veda a tal proposito il discorso all'indirizzo <https://rm.coe.int/opening-address-by-levan-davitashvili-minister-of-environment-protecti/16809cb979>.

<sup>36</sup> Infatti, «the Court reiterates that although the object of Article 8 is essentially that of protecting an individual against an arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference. In addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life»: così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, terza sezione, sentenza del 24 aprile 2018, ricorso n. 4587/09, *Lozovyye c. Russia*. In argomento, D. XENOS, *The Positive Obligations of the State Under the European Convention of Human Rights*, Londra, 2011; CONSIGLIO D'EUROPA/CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza*, 2018, all'indirizzo [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ITA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ITA.pdf).

<sup>37</sup> S. MARINO, *L'omissione dello Stato a proteggere gli individui da emissioni inquinanti: riflessioni sulla portata dell'art. 8 e dell'art. 13 nel diritto ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2019, p. 323.

<sup>38</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 24 gennaio 2019, ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15, *Cordella ed altri c. Italia*.

(nel seguito, “Cordella”)<sup>39</sup>, che ha condannato l’Italia nel (tristemente) noto caso “ILVA” di Taranto<sup>40</sup>; tale decisione consente altresì di verificare quali siano gli obblighi positivi che l’art. 8 CEDU pone a carico dello Stato, nonché i riflessi sull’ordinamento interno di detta sentenza.

## 2.1. L’articolo 8 CEDU e il caso ILVA.

A partire dalla sentenza *López Ostra c. Spagna*, i cui principi sono stati successivamente ripresi in *Guerra e altri c. Italia*, la Corte ha riconosciuto, sotto l’alveo dell’art. 8 della CEDU, un diritto inviolabile ad un ambiente salubre (mediato da un pregiudizio alla vita, alla famiglia o al domicilio)<sup>41</sup>.

Infatti, nelle predette pronunce si è affermato che «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»<sup>42</sup>. Si è sostenuto che l’articolo 8 può essere applicabile anche ad un grave inquinamento ambientale cagionato da violazioni degli obblighi positivi a carico dello Stato, che abbia effetti diretti sul domicilio o sulla vita privata<sup>43</sup>, mentre non è sufficiente un

<sup>39</sup> Su cui si vedano, *ex multis*: R. BIANCHI, *L’esecuzione delle sentenze delle Corti europee per la tutela dell’ambiente e la salute umana*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2020, n. 5, pp. 401-407; F. GIAMPIETRO, *Sull’inquinamento dell’ILVA la CEDU dichiara la responsabilità dello Stato italiano per violazione dei diritti dell’uomo*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2019, n. 4, pp. 263-269; S. MARINO, *L’omissione dello Stato a proteggere gli individui da emissioni inquinanti*, cit.; R. Picone, *A DIFFICULT BALANCE OF INTERESTS: the ILVA case reaches the European Court of Human Rights*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, n. 4.

<sup>40</sup> In argomento, anche per i riferimenti bibliografici, si vedano *ex multis*: R. BIANCHI, *Dal processo “Ambiente svenduto” a “crimine contro l’umanità”: chi dovrà pagare il prezzo?*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2018, n. 5, pp. 308-315; V. CAVANNA, *Vicenda Ilva e bilanciamento dei diritti fondamentali: nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 58/2018*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2018, n. 6, pp. 385-390; G. D’AVINO, *La tutela ambientale tra interessi industriali strategici e preminenti diritti fondamentali (art. 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano (2016-2020)*, Milano, 2020, pp. 709-765.

<sup>41</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza del 9 giugno 2005, ricorso n. 55723/00, *Fadeyeva c. Russia*.

<sup>42</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *López Ostra c. Spagna*, cit., par. 51; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, *Guerra e altri c. Italia*, cit., par. 60.

<sup>43</sup> Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza del 21 febbraio 1990, ricorso n. 9310/81, *Powell e Rayner c. Regno Unito*; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza del 16 novembre 2004, ricorso n. 4143/02, *Moreno Gómez c. Spagna*; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza del 9 novembre 2010, ricorso n. 2345/06, *Deés c. Ungheria*; Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza del 9 luglio 2012, ricorso n. 61654/08, *MartínezMartínez e Pino Manzano c. Spagna*.

degrado ambientale generale; inoltre, il disturbo subito deve raggiungere un livello minimo di gravità, da valutare a seconda delle circostanze del caso concreto<sup>44</sup>.

La giurisprudenza della Corte EDU, in altri termini, ha evidenziato la «stretta connessione tra inquinamento ambientale e rischi per la salute umana, cui fa da corollario necessario la *governance* territoriale, a partire dalla disamina del caso Di Sarno ed altri c. Italia»<sup>45</sup>. Peraltro, in quest'ultimo caso la Corte EDU ha fatto largamente riferimento alla normativa europea (nonché alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea)<sup>46</sup>.

In argomento, la sentenza *Cordella* rappresenta un ulteriore tassello di questo percorso intrapreso dalla Corte EDU.

Detta pronuncia, peraltro, si va ad aggiungere agli interventi normativi, amministrativi e giudiziari che si sono avvicinati nel caso ILVA e si inserisce altresì nel dibattito circa il bilanciamento tra i diritti costituzionalmente garantiti. Si farà qui qualche accenno per meglio comprendere l'importanza dell'arresto *Cordella*.

Innanzitutto, deve premettersi che, da un punto di vista autorizzativo, l'attività industriale svolta nello stabilimento ILVA di Taranto è soggetta al rilascio dell'AIA. Il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ha dapprima emesso il Decreto DVA DEC - 450 del 4 agosto 2011; sulla Gazzetta Ufficiale Serie generale n. 252 del 27 ottobre 2012 è stato poi reso noto che, con Decreto del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, prot. DVA/DEC/2012/0000547 del 26 ottobre 2012 si è provveduto al riesame dell'AIA<sup>47</sup>.

Peraltro, la situazione di inquinamento e di rischio per la salute della popolazione ha indotto il legislatore – sia in ambito statale che regionale – ad intervenire ripetutamente, sulla base del riconoscimento dello stabilimento come “stabilimento di interesse strategico nazionale” (ai sensi del Decreto Legge 3 dicembre 2012, n. 207 – “D. L. 207/12”, convertito in Legge 24 dicembre 2012, n. 231, recante «Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi

---

<sup>44</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza del 21 luglio 2019, ricorso n. 12605/03, *Leon e Agnieszka Kania c. Polonia*. Si veda altresì Consiglio d'Europa/Corte europea dei diritti dell'uomo, *Guida pratica sulle condizioni di ricevibilità*, 2014, consultabile all'indirizzo:

[https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_ITA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ITA.pdf).

<sup>45</sup> V. CARDINALE, *Il caso Di Sarno et a. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e gestione dei rifiuti*, in *Federalismi.it*, 15 febbraio 2013.

<sup>46</sup> Come evidenziato in O. W. PEDERSEN, *The European Court of Human Rights and International Environmental Law*, in J. H. KNOX - R. PEJAN (eds.), *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, 2018, pp. 86-96.

<sup>47</sup> Su cui mi si consenta di rinviare a V. CAVANNA, *AIA: riesame ed efficacia alla luce della vicenda relativa allo stabilimento Ilva di Taranto*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2013, n. 3, pp. 221-227.

di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale (DECRETO ILVA)), nonché dell'esigenza di introdurre "disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione in caso di crisi". A tal proposito, la normativa emanata dal legislatore a partire dal 2012 è stata definita "*salva-Ilva*", avendo tra l'altro autorizzato *ex lege* la prosecuzione dell'attività produttiva dello stabilimento, nonostante il sequestro preventivo senza facoltà d'uso disposto dalla magistratura tarantina nell'ambito del procedimento penale (ancora pendente).

Per quanto rileva ai fini del presente contributo, si deve segnalare altresì che il summenzionato D. L. 207/12, ha introdotto, all'art. 1-*bis*, la "Valutazione del danno sanitario" ("*VDS*")<sup>48</sup>, ispirata alla Legge della Regione Puglia n. 21 del 24 luglio 2012, su cui si dirà *infra*.

Inoltre, si noti che il Decreto Legge 9 giugno 2016, n. 98 (convertito in Legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, Legge 1 agosto 2016, n. 151) – "*D. L. 98/16*", recante «Disposizioni urgenti per il completamento della procedura di cessione dei complessi aziendali del Gruppo ILVA», ha previsto – per la modifica del "Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria" approvato con Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 marzo 2014 – l'emissione di un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ("*MATTM*") e del Ministro dello Sviluppo Economico, che abbia valore di AIA, che tenga luogo, ove necessario, della VIA e concluda tutti i procedimenti di AIA in corso presso il *MATTM*. In esecuzione del summenzionato D. L. 98/16, è stato adottato il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 settembre 2017, recante «Approvazione delle modifiche al Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 marzo 2014, a norma dell'articolo 1, comma 8.1., del decreto-legge 4 dicembre 2015, n. 191, convertito, con modificazioni, dalla legge 1<sup>o</sup> febbraio 2016, n. 13».

La vicenda ILVA è stata peraltro oggetto di contenzioso dinanzi a diversi organi giudicanti, anche in ragione di uno "scontro" tra poteri dello Stato<sup>49</sup>. In particolare, la questione è stata rimessa alla Corte Costituzionale con l'ordinanza 22 gennaio 2013 del GIP del Tribunale di Taranto, che ha affermato tra l'altro che «la tutela del diritto

<sup>48</sup> Si veda il Decreto Interministeriale 24 aprile 2013.

<sup>49</sup> Su cui mi si consenta di rinviare a V. CAVANNA, *Caso Ilva e conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato* (nota a Corte Cost. ordd. 13 febbraio 2013 nn. 16 e 17), in *Ambiente&Sviluppo*, 2013, n. 4, pp. 326-333.

alla salute è insopprimibile, non limitabile, non comprimibile, rappresentando non solo un diritto fondamentale per il singolo, ma un interesse per l'intera collettività, di tal che non è disponibile».

A tal proposito, è utile ricordare qui l'arresto della Corte Costituzionale con la ormai nota sentenza 9 maggio 2013, n. 85<sup>50</sup>, secondo cui, tra l'altro, non è possibile individuare, tra i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione (come la salute, da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, ed il lavoro), uno che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. Viceversa, «si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Nella predetta sentenza la Corte Costituzionale non condivide l'assunto per cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona<sup>51</sup>; né esisterebbe una gerarchia tra diritti fondamentali. È pertanto necessario un «continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi». Ambiente e salute, dunque, se da un lato non possono essere sacrificati ad altri interessi, dall'altro non sono posti alla sommità di un ordine gerarchico.

Come si vedrà, anche questa sentenza della Corte Costituzionale è rientrata nel novero delle argomentazioni che sono alla base della condanna dell'Italia da parte della Corte EDU<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Su cui sia consentito di rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a V. CAVANNA, *Vicenda Ilva e bilanciamento dei diritti fondamentali*, cit.

<sup>51</sup> Tuttavia, come rilevato dalla dottrina, le sopravvenute necessità poste dalla pandemia hanno mostrato l'inadeguatezza dell'approccio che aveva negato un autonomo significato normativo al carattere fondamentale riconosciuto dalla Costituzione al diritto alla salute (come la sentenza della Corte Costituzionale nel caso ILVA), mentre la normativa emergenziale ha posposto alla tutela della salute il godimento di altri diritti costituzionalmente tutelati. Secondo questa interpretazione, nel caso di contrasto non risolvibile attraverso il criterio di specialità, al diritto alla salute deve essere riconosciuta una sorta di prevalenza sugli altri diritti che, pur essendo costituzionalmente garantiti, sono privi della qualificazione della "fondamentalità": a tal proposito, si veda D. MORANA, *La fondamentalità del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in D. MORANA (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, pp. 161 ss.. In argomento, si veda altresì D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., pp. 164 ss.. In dottrina si è affermato che il riferimento alla "fondamentalità" del diritto alla salute è stato inserito in Costituzione «proprio per rafforzare ed elevare la garanzia data dalla Costituzione alla salute»: così M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – Dir.cost.*, cit.

<sup>52</sup> «Infatti, questo iniziale tentativo di intervento di emergenza, a tutela di interessi al livello costituzionale, si è trasformato in una prima, e quindi, in una seconda serie di Decreti legge e di Leggi di conversione, i quali, (...) hanno, di volta in volta, prorogato l'applicazione dell'AIA e del piano delle misure di tutela ambientale e

Tornando dunque alla decisione della CEDU nel caso *Cordella*, la Corte alsaziana ha dunque ritenuto violati, da parte del nostro Paese, gli articoli 8 e 13 della CEDU.

Alla base della decisione vi sono due ricorsi presentati alla Corte EDU<sup>53</sup> ai sensi dell'art. 24 CEDU<sup>54</sup>: i ricorrenti denunciano gli effetti delle emissioni dello stabilimento ILVA di Taranto sulla salute e sull'ambiente, lamentando una violazione del diritto alla vita, al rispetto della vita privata ed al diritto ad un ricorso effettivo (rispettivamente, artt. 2, 8 e 13 CEDU). I ricorrenti vivono a Taranto o in Comuni limitrofi.

La Corte EDU riconosce che lo Stabilimento è il più grande complesso siderurgico in Europa, esteso su una superficie di circa 1500 ettari e dà atto del fatto che l'impatto delle emissioni dell'ILVA sull'ambiente e sulla salute siano da molti anni al centro di un importante dibattito. Elenca poi gli studi scientifici che si sono susseguiti nel tempo, tra cui i seguenti: (i) "Studio di coorte sugli effetti delle esposizioni ambientali ed occupazionali sulla morbosità e mortalità della popolazione residente a Taranto"<sup>55</sup> del 2016, che dimostra un nesso causale tra l'esposizione a PM10 e SO2 di origine industriale, dovuta all'attività produttiva dell'ILVA, e l'aumento della mortalità per cause naturali, tumori, malattie renali e cardiovascolari nei residenti; (ii) VDS elaborata da ARPA del 2017<sup>56</sup>, che stabilisce un nesso causale tra le emissioni industriali e il danno sanitario nella zona di Taranto.

Successivamente, la Corte EDU si sofferma sulle misure amministrative e legislative adottate dalle Autorità italiane in relazione allo Stabilimento a partire dal

---

sanitaria sino alla decisione della vendita dell'ILVA alla società ArcelorMittal. Ma tale evento ha finito per giustificare il rinnovo, a vantaggio della cessionaria, delle scadenze, inizialmente previste (e già prorogate ...), per l'osservanza di rilevanti prescrizioni ambientali e sanitarie). (...) Questo "sistema" di rinvii è stato censurato dalla Corte europea non soltanto sulla base dell'esito (negativo) dei controlli sanitari, evidenziati negli anni, ma anche in forza del richiamo esplicito alla sentenza della nostra Corte costituzionale del 9 aprile 2013, n. 85 (...). Epperò, conclude la Corte europea, la citata normativa d'urgenza prevedeva un percorso di risanamento ambientale, tenendo conto, da una parte, del diritto alla salute e all'ambiente, e, dall'altra, del diritto al lavoro, entrambi garantiti dalla Costituzione»: così F. GIAMPIETRO, *Sull'inquinamento dell'ILVA*, cit., p. 264.

<sup>53</sup> Si tratta dei ricorsi ai nn. 54414/13 e 54264/15.

<sup>54</sup> L'articolo recita: «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 d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto».

<sup>55</sup> Consultabile all'indirizzo:

[https://www.sanita.puglia.it/web/csa/news-in-primopiano\\_det/journal\\_content/56/890301/studiodi-coorte-sugli-effetti-delle-esposizioni-ambientali-ed-occupazionali-sulla-morbosita-e-mortalita-della-popolazione-residente-a-taranto](https://www.sanita.puglia.it/web/csa/news-in-primopiano_det/journal_content/56/890301/studiodi-coorte-sugli-effetti-delle-esposizioni-ambientali-ed-occupazionali-sulla-morbosita-e-mortalita-della-popolazione-residente-a-taranto).

<sup>56</sup> Consultabile all'indirizzo: <http://www.arpa.puglia.it/web/guest/vds2>.

1990, menzionando innanzitutto i due provvedimenti di AIA rilasciati dal Ministero dell' Ambiente, uno del 4 agosto 2011 ed uno del 27 ottobre 2012.

La Corte EDU ricorda poi l'adozione - a partire dal 2012 - dei Decreti Legge cosiddetti "Salva Ilva" e la suindicata pronuncia resa dalla Corte Costituzionale n. 85/2013, che consentono la prosecuzione dell'attività dello Stabilimento.

La Corte EDU afferma tra l'altro che i summenzionati studi scientifici evidenziano l'esistenza di un nesso di causalità tra l'attività produttiva dello Stabilimento e la compromissione della salute nel territorio interessato (tra cui i Comuni di Taranto, Crispiano e Massafra). Inoltre, l'inquinamento prodotto dallo Stabilimento ha senza dubbio conseguenze pregiudizievoli sul benessere dei ricorrenti.

Di particolare interesse è l'affermazione secondo cui, quanto alla violazione dell'articolo 8: «una doglianza difendibile dal punto di vista dell'articolo 8 può sorgere se un rischio ecologico raggiunge un livello di gravità che riduce notevolmente la capacità del ricorrente di godere del proprio domicilio o della propria vita privata o familiare»<sup>57</sup> (par. 156). Si tratta, dunque, anche in questo caso, della tutela di un diritto all'ambiente salubre mediata per il tramite del rispetto della vita privata individuale; ciò in quanto, come detto in precedenza, non esiste attualmente un diritto autonomo all'ambiente sano nell'ambito della CEDU<sup>58</sup>.

Uno dei punti di forza della sentenza *Cordella* è comunque l'enfasi sugli obblighi positivi a carico dello Stato a favore dei propri cittadini. Infatti, la Corte EDU ha affermato tra l'altro che «gli Stati hanno anzitutto l'obbligo positivo, in particolare nel caso di un'attività pericolosa, di mettere in atto una legislazione adattata alle specificità di tale attività, in particolare al livello di rischio che potrebbe derivarne» (par. 158) e che, nel caso di specie, «le autorità nazionali hanno omesso di adottare tutte le misure necessarie per assicurare la protezione effettiva del diritto degli interessati al rispetto della loro vita privata» (par. 172). Secondo la Corte, nel caso di specie l'Italia non ha intrapreso azioni efficaci per migliorare l'impatto ambientale

---

<sup>57</sup> La Corte EDU specifica che «La valutazione di tale livello minimo in questo tipo di cause è relativa e dipende da tutti gli elementi della causa, in particolare dall'intensità e dalla durata delle nocività e dalle conseguenze fisiche o psicologiche di queste ultime sulla salute o sulla qualità di vita dell'interessato (Fadeieva, sopra citata, §§ 68 e 69, Dubetska e altri c. Ucraina, n. 30499/03, § 105, 10 febbraio 2011, e Grimkovskaya c. Ucraina, n. 38182/03, § 58, 21 luglio 2011)».

<sup>58</sup> Come sottolineato già da S. MARINO, *L'omissione dello Stato a proteggere gli individui da emissioni inquinanti*, cit.

dello Stabilimento; tra l'altro, la realizzazione del Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria ha scadenza nel 2023.

Il procedimento è dunque, secondo la Corte EDU, di una "lentezza estrema". Peraltro, il Governo è più volte intervenuto per far proseguire l'attività, nonostante i rischi gravi per la salute e per l'ambiente; da ultimo, si è anche introdotta una immunità penale ed amministrativa a favore dell'amministrazione provvisoria e dell'acquirente della società. Secondo la Corte EDU, tutto questo ha contribuito a realizzare una violazione dell'art. 8 CEDU.

Ma si ravvisa altresì una violazione dell'art. 13 CEDU, in quanto si ritiene che non esistano, per i ricorrenti, rimedi effettivi, non essendovi strumenti (di natura penale, civile o amministrativa) che rispondano all'obiettivo di risanamento delle zone interessate.

Infine, come si vedrà al Paragrafo successivo, la Corte EDU sottolinea l'urgenza dell'adozione di misure per il risanamento dello Stabilimento e del territorio impattato dall'inquinamento e specifica altresì che il Piano Ambientale approvato dalle autorità nazionali deve essere messo in esecuzione il prima possibile.

## 2.2. Riflessi sull'ordinamento interno.

Nel sistema CEDU nessuna norma riconosce efficacia esecutiva diretta alle sentenze della Corte EDU, ma l'art. 46 CEDU impone agli Stati di conformarsi alle stesse, prevedendo che il controllo sulla esecuzione di queste sia rimesso al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa<sup>59</sup>.

A tal proposito, la sentenza *Cordella* non indica allo Stato italiano quali specifiche misure adottare (salvo quanto si dirà *infra*), rimettendo la questione al controllo del Comitato dei Ministri ai sensi del suindicato art. 46.

Inoltre, come è noto, nel nostro Paese, al Presidente del Consiglio dei Ministri è attribuita la promozione degli «adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello

<sup>59</sup> In argomento: A. DI STASI, *Garanzie "multilivello" e tutela sostanziale nella CEDU*, cit., pp. 59 ss.; E. L. Abdelgawad, *The Enforcement of ECtHR Judgements*, in A. JAKAB - D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, pp. 326-340.

Stato italiano»<sup>60</sup>, secondo quanto previsto dall'art. 5, c. 3, lett. a-bis) della Legge 23 agosto 1988, n. 400(introdotta dalla Legge 9 gennaio 2006, n. 12)<sup>61</sup>. Non vi è, dunque, al momento, uno specifico rimedio a livello interno<sup>62</sup> finalizzato ad attuare l'obbligo dello Stato di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU<sup>63</sup>. A tal proposito, il Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi della succitata disposizione, ha presentato al Senato la sentenza *Cordella* il 30 ottobre 2019 (annunciata nella seduta n. 169 del 2 dicembre 2019 ed assegnata alle Commissioni X<sup>64</sup> e XIII<sup>65</sup>)<sup>66</sup>.

L'attuazione della predetta sentenza da parte del nostro Paese è peraltro tanto complessa quanto necessaria, anche in considerazione del fatto che nel frattempo sono stati presentati alla Corte EDU due ulteriori ricorsi in relazione al caso ILVA, comunicati all'Italia in data 2 ottobre 2019<sup>67</sup>, per cui la vicenda sarà nuovamente sottoposta al vaglio dei Giudici di Strasburgo. Nell'ambito dei predetti ricorsi si

<sup>60</sup> Questo, secondo la dottrina, ha lo scopo di agevolare la gestione di interventi più idonei a conformare l'azione del Governo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: si veda A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2018, p. 112.

<sup>61</sup> Cons. Stato, sez. IV, sentenza dell'11 giugno 2015, n. 2866. Si è espressamente affermato che le norme CEDU «vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno» (Corte Cost., sentenze del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349). Secondo il T.A.R. Sicilia, Catania, sentenza del 6 febbraio 2014, n. 424, «le decisioni della Corte Europea non sono assimilabili ad un titolo esecutivo giudiziale suscettibile di esecuzione forzata nei confronti dello Stato contraente condannato dalla Corte, poiché nessuna disposizione della Convenzione prevede meccanismi esecutivi diretti di tali provvedimenti. Esse, in altre parole, creano reciproci vincoli obbligatori tra gli Stati membri e non danno luogo ad obbligazioni di tipo privato nei confronti dei ricorrenti vittoriosi, ciò che urterebbe contro la lettera della Convenzione e i comuni principi di diritto internazionale riconosciuti dagli Stati contraenti».

<sup>62</sup> In base all'art. 43, co. 10 della Legge 24 dicembre 2012, n. 234, «lo Stato ha altresì diritto, con le modalità e secondo le procedure stabilite nel presente articolo, di rivalersi sulle regioni, sulle province autonome, sugli enti territoriali, sugli altri enti pubblici e sui soggetti equiparati, i quali si siano resi responsabili di violazioni delle disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, e dei relativi Protocolli addizionali, degli oneri finanziari sostenuti per dare esecuzione alle sentenze di condanna rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato in conseguenza delle suddette violazioni».

<sup>63</sup> Corte Cost., sentenza del 30 aprile 2008, n. 129. In argomento, si veda altresì R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 2018 n. III.

<sup>64</sup> La X Commissione Permanente del Senato tratta di "Industria, Commercio e Turismo".

<sup>65</sup> La XIII Commissione Permanente del Senato tratta di "Territorio, Ambiente, Beni Ambientali".

<sup>66</sup> La dottrina ha sottolineato la «mancata occasione di sviluppare un cammino avviato con la legge n. 12/06»: C. CIUFFETTI, *Vincoli di conformazione per gli ordinamenti nazionali nelle pronunce della Corte EDU: i casi italiani della revisione penale e dell'indennità di esproprio*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra costituzione e CEDU*, Torino, 2007, pp. 77-82. Inoltre, «il fatto che la legge n. 12/2006 non preveda un atto normativo ad hoc per l'esecuzione delle sentenze di condanna si spiega anche con il fatto che in molti casi detta esecuzione avviene in via amministrativa. E quando la sentenza ponga esigenze di innovazione normativa, spetta al Governo promuovere l'iniziativa legislativa in ragione del ruolo istituzionale che gli compete in tale ambito» M. MIDIRI, *La CEDU in Parlamento*, in S. SONELLI, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano*, Torino, 2015, p. 149.

<sup>67</sup> Si tratta dei ricorsi n. 45242/17 e n. 4642/17.

lamenta la violazione di diritti garantiti dalla CEDU, quali il diritto alla vita (art. 2), alla vita privata e familiare (art. 8) e ad un ricorso effettivo (art. 13).

La Corte EDU ha infatti sottolineato l'urgenza dell'esecuzione degli interventi per la tutela dell'ambiente e della salute, affermando che «il giusto equilibrio da assicurare tra, 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, non è stato rispettato»(par. 173);inoltre,«i lavori di risanamento della fabbrica e del territorio colpito dall'inquinamento ambientale sono di primaria importanza e urgenti (si veda, *mutatismutandis*, Torreggiani e altri c. Italia, nn. 43517/09 e altri 6, § 99, 8 gennaio 2013). Perciò, il piano ambientale approvato dalle autorità nazionali e recante l'indicazione delle misure e delle azioni necessarie ad assicurare la protezione ambientale e sanitaria della popolazione, dovrà essere messo in esecuzione nel più breve tempo possibile» (par. 181).

Tale caso non è ancora chiuso in ambito CEDU: infatti, i ricorrenti, vittoriosi nella sentenza *Cordella*, hanno trasmesso una comunicazione al Comitato dei Ministri del 19 settembre 2019<sup>68</sup>, con cui hanno lamentato l'aggravarsi della situazione ambientale e la mancata adozione, da parte dello Stato, di azioni volte ad eseguire la sentenza stessa.

Il Comitato dei Ministri, nella riunione del 5 marzo 2020<sup>69</sup>, ha chiesto all'Italia di fornire informazioni circa l'implementazione delle misure entro il 30 giugno 2020<sup>70</sup>.

I ricorrenti hanno successivamente lamentato il ripetersi della violazione dell'art. 8 CEDU, nonché lo spirare del termine del 30 giugno 2020<sup>71</sup> (a tal proposito, per gli sviluppi della vicenda, si veda anche il Paragrafo 3.2).

<sup>68</sup> Consultabile all'indirizzo: [https://hudoc.exec.coe.int/eng#{"EXECIdentifier":\["DH-DD\(2019\)1065E"\]}](https://hudoc.exec.coe.int/eng#{).

<sup>69</sup> Decisione CM/Del/Dec(2020)1369/H46-13, all'indirizzo:

[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016809cc6bb](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809cc6bb).

<sup>70</sup> L'art. 46 CEDU prevede una sorta di procedura di infrazione, in cui il Comitato dei Ministri ha un potere di sorveglianza che «si sostanzia in una sorta di pressione politica, anche se – giova ricordare – in caso di gravi inottemperanze, si può giungere ex art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa sino alla sospensione dal diritto di rappresentanza dello Stato inadempiente per violazione del suo art. 3 – il quale impone il rispetto del principio della preminenza del diritto e il riconoscimento dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ad ogni persona soggetta a giurisdizione – oltre che, come extrema ratio, all'invito da parte del Comitato dei ministri a recedere dal Consiglio d'Europa alle condizioni di cui all'art. 7 dello Statuto»: così A. IERMANO, *Una "procedura di infrazione" anche nel sistema CEDU: similitudini e divergenze rispetto al "modello UE" ex artt. 258-260 TFUE*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 3, pp. 26-43.

<sup>71</sup> Si tratta delle comunicazioni del 28 maggio 2020, all'indirizzo:

L'importanza della sentenza *Cordella* – che pure non è andata esente da critiche<sup>72</sup> – si evince anche dall'ordinanza dell'8 febbraio 2019<sup>73</sup>, con cui il GIP di Taranto ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in particolare, dell'art. 2, commi 5 e 6, D.L. 5 gennaio 2015, n. 1 (Disposizioni urgenti per l'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale in crisi e per lo sviluppo della città e dell'area di Taranto) nella parte in cui autorizzano lo stabilimento di Taranto a continuare la produzione anche in costanza di sequestro penale e nella parte in cui prevedono una esenzione da responsabilità penale per i gestori dello stabilimento e per i soggetti da essi delegati.

Tra le doglianze sollevate dal GIP del Tribunale di Taranto vi è la violazione dell'art. 117 Cost. in relazione al mancato adempimento degli obblighi internazionali assunti dall'Italia con l'adesione alla CEDU (segnatamente quelli derivanti dagli articoli 2, 8 e 13 della CEDU), come affermato nella sentenza *Cordella*<sup>74</sup>. Si segnala tuttavia che la Corte Costituzionale ha ordinato la restituzione degli atti al GIP del Tribunale di Taranto «per un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni alla luce del mutato quadro normativo» (ordinanza 8 novembre 2019, n. 230).

Il caso ILVA conferma dunque quanto la dottrina ha già avuto modo di sottolineare circa la capacità evolutiva della CEDU come «strumento assolutamente vivente da interpretare alla luce delle concezioni prevalenti nella società»<sup>75</sup>.

Peraltro, il caso *Cordella* è una sorta di “*strategyclitigation*”, in quanto ha evidentemente lo scopo di perseguire un adattamento dell'ordinamento statale, ponendosi un obiettivo che travalica l'interesse – comunque esistente – dei singoli ricorrenti.

---

[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016809e8626](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809e8626), del 20 luglio 2020, all'indirizzo [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016809f0c0b](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809f0c0b) e del 16 ottobre 2020, all'indirizzo [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680a02c64](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a02c64).

<sup>72</sup> Così F. ALBANO - L. CIMAGLIA - L. OCCHIONERO - E. RUGGIERO, *Il caso Taranto*, cit.

<sup>73</sup> Su cui mi si consenta di rinviare a V. CAVANNA, *Il GIP di Taranto solleva una nuova questione di legittimità costituzionale sulla disciplina c.d. “salva ILVA”*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2019, n. 3, pp. 191-195; si veda altresì S. ZIRULIA, *Alla Corte Costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina c.d. “Salva-ILVA”*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, del 14 febbraio 2019.

<sup>74</sup> Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Taranto, ordinanza dell'8 febbraio 2019, consultabile all'indirizzo: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/5242-archiviaz.ilva.ordinanzarimessione.-definitiva-1.pdf>.

<sup>75</sup> A. SCARCELLA, *Giurisprudenza C.e.d.u. e diritto dell'ambiente*, cit., p. 129.

### 3. Tutela di ambiente e salute nel contesto dell'Unione Europea.

La tutela dell'ambiente nel nostro Paese, da un punto di vista normativo, è articolata su vari livelli. Uno di questi è proprio quello europeo, che viene effettivamente in gioco quotidianamente nell'applicazione del diritto ambientale.

Innanzitutto, va ricordato che le competenze dell'Unione Europea e degli Stati membri sono disciplinate dagli articoli da 2 a 6 TFUE. L'ambiente si rinviene tra le materie a competenza concorrente (art. 4): gli Stati membri possono agire soltanto se l'Unione Europea ha scelto di non farlo. Inoltre, secondo quanto previsto dall'art. 6, l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, tra l'altro, per la tutela e il miglioramento della salute umana (in questo caso, si tratta di competenze "parallele")<sup>76</sup>.

Ai sensi dell'art. 191 TFUE, la politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire, tra gli altri, i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente e protezione della salute umana; secondo l'art. 193 TFUE, in materia ambientale gli Stati membri devono rispettare lo standard minimo fissato dall'Unione Europea, ma possono mantenere o introdurre misure di protezione più rigorose<sup>77</sup>.

Peraltro, nello spazio giuridico europeo, ai diritti tutelati dalle costituzioni nazionali si aggiungono quelli previsti – oltre che dalla CEDU, su cui si è detto in precedenza – dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (equiparata, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, al diritto primario)<sup>78</sup>. A questo proposito, l'art. 37 della Carta<sup>79</sup> reca un principio<sup>80</sup>, un obiettivo da raggiungere - quello di un elevato livello di tutela dell'ambiente e del miglioramento della sua

<sup>76</sup> In argomento, R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2019, p. 340.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 336 ss.

<sup>78</sup> Su cui si vedano, anche per i riferimenti bibliografici: A. DI STASI, *Garanzie "multilivello" e tutela sostanziale nella CEDU*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, cit., pp. 3 ss.; A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, cit.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.

<sup>79</sup> Esso dispone: «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».

<sup>80</sup> Come chiarito dalla "Spiegazioni" alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2007/C 303/02), in GUUE C 303/17 del 14 dicembre 2007.

qualità - piuttosto che un diritto individuale azionabile<sup>81</sup>, dovendo perciò essere attuato attraverso provvedimenti di matrice eurounitaria e statale, nell'ambito delle rispettive competenze, secondo quanto previsto dall'art. 52, par. 5 della Carta stessa<sup>82</sup>.

La maggior parte delle discipline nazionali di settore in materia ambientale, dunque, sono adottate in attuazione di direttive europee: si pensi alla disciplina di VIA, VAS ed AIA (già richiamate nel Paragrafo introduttivo), nonché rifiuti<sup>83</sup>, danno ambientale<sup>84</sup>, discariche<sup>85</sup>, "Emission Trading"<sup>86</sup>. Vi sono poi alcuni ambiti disciplinati direttamente con regolamento europeo (si pensi al Regolamento (UE) n. 517/2014 in materia di gas fluorurati ad effetto serra<sup>87</sup> o il Regolamento (UE) n. 2018/1999 sulla *Governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima<sup>88</sup>).

Così, l'esercizio della competenza da parte dell'Unione Europea in materia ambientale ha comportato nel corso del tempo una sempre più forte spinta per la tutela dell'ambiente, in linea con le nuove esigenze che sorgono via via<sup>89</sup>, secondo i

<sup>81</sup> B. CARAVITA - L. CASSETTI, *Unione Europea e ambiente*, in B. CARAVITA - L. CASSETTI - A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit, p. 88.

<sup>82</sup> Secondo cui: «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti».

<sup>83</sup> Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive*, del 19 novembre 2008, in GUUE L 312 del 22 novembre 2008, pp. 3–30.

<sup>84</sup> Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, del 21 aprile 2004, in GUUE L 143 del 30 aprile 2004, pp. 56–75.

<sup>85</sup> Direttiva 1999/31/CE del Consiglio, *relativa alle discariche di rifiuti*, del 26 aprile 1999, in GUUE L 182 del 16 luglio 1999, pp. 1–19.

<sup>86</sup> Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio*, del 13 ottobre 2003, in GUUE L 275 del 25 ottobre 2003, pp. 32–46, da ultimo modificata dalla Direttiva 2018/410/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che modifica la direttiva 2003/87/CE per sostenere una riduzione delle emissioni più efficace sotto il profilo dei costi e promuovere investimenti a favore di basse emissioni di carbonio e la decisione (UE) 2015/1814*, del 14 marzo 2018, in GUUE L 76 del 19 marzo 2018, pp. 3–27. In Italia, il sistema *Emission Trading* è disciplinato dal Decreto Legislativo 9 giugno 2020, n. 47 (che ha sostituito il Decreto Legislativo 13 marzo 2013, n. 30).

<sup>87</sup> Regolamento 517/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *sui gas fluorurati a effetto serra e che abroga il regolamento (CE) n. 842/2006*, del 16 aprile 2014, in GUUE L 150 del 20.5.2014, pp. 195–230.

<sup>88</sup> Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, *sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima che modifica le direttive (CE) n. 663/2009 e (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio*, dell'11 dicembre 2018, in GUUE L 328 del 21.12.2018, pp. 1–77.

<sup>89</sup> Si pensi al "Pacchetto Economia Circolare", in vigore dal 4 luglio 2018, composto da quattro Direttive che prevedono la modifica di sei Direttive europee che si occupano di rifiuti:

principi di precauzione, prevenzione, correzione dei danni in via prioritaria alla fonte e chi inquina paga<sup>90</sup>.

Peraltro, detto esercizio consente il controllo delle istituzioni comunitarie sul rispetto delle disposizioni adottate dai singoli Stati membri. Ed in effetti, in molti ambiti, sono state ripetutamente aperte procedure di infrazione, che potrebbero (o dovrebbero) condurre il nostro Paese verso risultati di segno positivo, e a tal proposito verranno analizzati nel proseguo sinteticamente due esempi del livello di impatto dell'ordinamento europeo in materia, quello delle cosiddette "discariche abusive" e dell'ILVA di Taranto<sup>91</sup>.

Un discorso a parte merita invece la tutela della salute in connessione alle tematiche ambientali, che non sempre riceve adeguata considerazione. A titolo esemplificativo possono citarsi la VIA, la VAS e l'AIA, in cui – nonostante si richieda espressamente la valutazione degli aspetti di salute pubblica nell'iter procedimentale affinché sia autorizzata una determinata attività – alcuni impatti possono essere sovente in concreto non adeguatamente stimati. Si può infatti osservare che l'attuale disciplina non esclude che, talvolta, alcuni possibili effetti negativi di un progetto o di un piano/programma siano sottovalutati, soprattutto per quanto concerne gli interessi non direttamente legati alla dimensione ambientale, ad esempio quelli concernenti la sfera sociale. Infatti, le valutazioni ambientali tendono a focalizzarsi sui singoli comparti ambientali (aria, acqua, suolo, ecc.). Peraltro, anche in relazione all'AIA, l'attuale dettato normativo non esclude il verificarsi di ipotesi in cui difetti

- Direttiva 2018/849/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che modifica le direttive 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso, 2006/66/CE relativa a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche*, del 30 maggio 2018, in GUUE L 150 del 14 giugno 2018, pp. 93–99;

- Direttiva 2018/850/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, *che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti*, in GUUE L 150 del 14 giugno 2018, pp. 100–108;

- Direttiva 2018/851/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti*, del 30 maggio 2018, in GUUE L 150 del 14 giugno 2018, pp. 109–140;

- Direttiva 2018/852/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che modifica la direttiva 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio*, del 30 maggio 2018, in GUUE L 150 del 14 giugno 2018, pp. 141–154.

Nel nostro Paese, le predette Direttive sono state recepite con i Decreti Legislativi del 3 settembre 2020, numeri 116, 118, 119, 121.

In argomento, si vedano: A. MURATORI, *Il nuovo piano d'azione per l'economia circolare: buoni propositi, ma anche un bel po' d'aria fritta*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2020, n. 4, pp. 289-294; A. MURATORI, *La riformata direttiva quadro sui rifiuti: a beneficio dell'economia circolare, novità sui sottoprodotti e sulla perdita della qualifica di rifiuto*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2018, n. 8-9, pp. 519-529.

<sup>90</sup> Di cui all'art. 191 TFUE.

<sup>91</sup> Può anche citarsi l'esempio della "Terra dei Fuochi": a tal proposito, di veda G. D'AVINO, *Il diritto di vivere in un ambiente salubre*, cit.

un adeguato approfondimento, in particolare, dell'aspetto della salute. Pertanto, capita che spesso l'aspetto salute sia tutelato solo "indirettamente", attraverso la verifica del rispetto dei limiti previsti per specifiche matrici (ad esempio, i limiti di inquinanti emessi in atmosfera), senza un adeguato approfondimento.

Per questo, come anticipato e come si vedrà *infra* nel caso ILVA, si è rivelato utile un approfondimento attraverso la VIS o la VDS a supporto della normativa AIA.

### 3.1. Il caso delle "discariche abusive".

Un primo esempio che si può menzionare è quello della vicenda in materia di "discariche abusive".

Con la prima sentenza del 26 aprile 2007 (causa C-135/05), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha condannato l'Italia per esser venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli articoli 4, 8 e 9 della Direttiva 75/442/CEE<sup>92</sup> e ss.mm.ii., nonché dell'art. 2, par. 1, della Direttiva 91/689/CEE<sup>93</sup>, relativa ai rifiuti pericolosi, e dell'art. 14, lettere dalla a) alla c), della Direttiva 1999/31/CE<sup>94</sup>, relativa alle discariche di rifiuti<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Direttiva 75/442/CEE del Consiglio, *relativa ai rifiuti*, del 15 luglio 1975, in GUUE L 194 del 25 luglio 1975, pp. 47-49 (non più in vigore).

<sup>93</sup> Direttiva 91/689/CEE del Consiglio, *relativa ai rifiuti pericolosi*, del 12 dicembre 1991, in GUUE L 377 del 31 dicembre 1991, pp. 20-27 (non più in vigore).

<sup>94</sup> Di cui alla nota 43.

<sup>95</sup> Infatti, secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, l'Italia ha violato la summenzionata normativa: «Non avendo adottato tutti i provvedimenti necessari: (i) per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti; (ii) affinché ogni detentore di rifiuti li consegni ad un raccogliitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni di smaltimento o di recupero, oppure provveda egli stesso al recupero o allo smaltimento conformandosi alle disposizioni della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE; (iii) affinché tutti gli stabilimenti o imprese che effettuano operazioni di smaltimento siano soggetti ad autorizzazione dell'autorità competente; (iv) affinché in ogni luogo in cui siano depositati (messi in discarica) rifiuti pericolosi, questi ultimi siano catalogati e identificati; e (v) affinché, in relazione alle discariche che hanno ottenuto un'autorizzazione o erano già in funzione alla data del 16 luglio 2001, il gestore della discarica elabori e presenti per l'approvazione dell'autorità competente, entro il 16 luglio 2002, un piano di riassetto della discarica comprendente le informazioni relative alle condizioni per l'autorizzazione e le misure correttive che ritenga eventualmente necessarie; e affinché, in seguito alla presentazione del piano di riassetto, le autorità competenti adottino una decisione definitiva sull'eventuale proseguimento delle operazioni, facendo chiudere al più presto le discariche che non ottengano l'autorizzazione a continuare a funzionare, o autorizzando i necessari lavori e stabilendo un periodo di transizione per l'attuazione del piano».

Successivamente, nella sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2 dicembre 2014 (causa C-196/13), l'Italia, non avendo adottato tutte le misure necessarie a dare esecuzione alla sentenza del 26 aprile 2007 nella richiamata causa C-135/05, e venendo meno agli obblighi di cui all'art. 260, paragrafo 1, del TFUE, è stata condannata a versare alla Commissione europea, a partire dal giorno della pronuncia e fino alla data di esecuzione della citata sentenza C-135/05, una penalità semestrale calcolata, per il primo semestre, in un importo iniziale fissato in euro 42.800.000,00, dal quale sarebbero stati detratti euro 400.000,00 per ciascuna discarica contenente rifiuti pericolosi, ed euro 200.000,00 per ogni altra discarica contenente rifiuti non pericolosi, messe a norma conformemente alla medesima sentenza.

Secondo i giudici europei, tra l'altro, gli Stati membri sono tenuti a verificare se sia necessario bonificare le vecchie discariche abusive e, all'occorrenza, sono tenuti a bonificarle (p. 53). In questo caso, si ricorda all'Italia, il sequestro della discarica da bonificare e l'avvio di un procedimento penale contro il suo gestore non costituiscono misure sufficienti (p. 58). In altri termini, l'Italia deve garantire che le discariche sequestrate siano anche, effettivamente, bonificate. La Corte UE rileva che alla scadenza dei termini, i lavori di bonifica erano ancora in corso per alcuni siti; rispetto ad altri, invece, la Corte constata che il governo italiano non ha fornito alcun elemento utile a determinare la data in cui i lavori di bonifica sarebbero stati eseguiti (p. 55).

Per ovviare a detta situazione è stato nominato, con Delibera del Consiglio dei Ministri del 24 marzo 2017, un Commissario straordinario, ai sensi dell'art. 41, comma 2-bis, della legge 24 dicembre 2012, n. 234<sup>96</sup>, con il compito di realizzare tutti gli interventi necessari all'adeguamento alla vigente normativa delle discariche<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> L'art. 41, comma 2-bis l. 234 del 2012 dispone: «Nel caso di violazione della normativa europea accertata con sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea di condanna al pagamento di sanzioni a carico della Repubblica italiana, ove per provvedere ai dovuti adempimenti si renda necessario procedere all'adozione di una molteplicità di atti anche collegati tra loro, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, sentiti gli enti inadempienti, assegna a questi ultimi termini congrui per l'adozione di ciascuno dei provvedimenti e atti necessari. Decorso inutilmente anche uno solo di tali termini, il Consiglio dei ministri, sentito il soggetto interessato, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro competente per materia, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri è invitato il Presidente della Giunta regionale della regione interessata al provvedimento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche agli inadempimenti conseguenti alle diffide effettuate in data anteriore alla data di entrata in vigore della presente disposizione che si fondino sui presupposti e abbiano le caratteristiche di cui al primo periodo». Si segnala altresì il Decreto Legge 14 ottobre 2019, n. 111, convertito, con modificazioni, dalla Legge 12 dicembre 2019, n. 141 (cosiddetto

In base a quanto pubblicato sul sito internet del Commissario straordinario, risultano fuoriuscite dall'infrazione in 4 anni 160 discariche (su 200 iniziali) e l'importo versato a titolo di sanzione è pari ad euro 275.400.000,00 (dati aggiornati al 18 gennaio 2020<sup>98</sup>).

### **3.2. Il caso ILVA di Taranto.**

Tornando al caso ILVA, occorre effettuare un utile confronto rispetto a quanto già evidenziato nel Paragrafo 2 in relazione all'ambito CEDU.

Lo stabilimento ILVA è stato ripetutamente oggetto di attenzione da parte delle istituzioni europee. Una prima procedura di infrazione, aperta in data 8 maggio 2008, per la violazione della Direttiva 2008/1/CE in materia di AIA ha condotto alla sentenza della Corte di Giustizia del 31 marzo 2011 (causa C-50/10): la Corte ha condannato l'Italia in quanto non era stato effettuato, per numerosi impianti, un riesame delle autorizzazioni preesistenti alla luce della nuova normativa in materia di AIA.

Nel 2012 è stato aperto poi un caso *EU-Pilot*<sup>99</sup> e successivamente è stata avviata una nuova procedura di infrazione<sup>100</sup>, la numero 2013/2177<sup>101</sup>, che è attualmente

"Decreto Clima"): in particolare, con l'art. 5 è stato previsto il potenziamento della struttura di supporto del Commissario.

<sup>97</sup> Con la Delibera del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 22 novembre 2017, il mandato commissariale è stato esteso, ai sensi dell'art. 41, comma 2-bis della Legge 24 dicembre 2012, n. 234, ad altre ventidue discariche abusive oggetto delle citate sentenze di condanna della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 aprile 2007 e del 2 dicembre 2014. Con successiva delibera del Consiglio dei Ministri dell'11 giugno 2019 la nomina è stata estesa alla realizzazione di tutti gli interventi necessari all'adeguamento alla vigente normativa della discarica abusiva nel Comune di Ascoli Piceno.

<sup>98</sup> Si veda la quinta relazione all'indirizzo <http://www.commissariobonificadiscariche.governo.it/media/2305/v-relazione.pdf>.

<sup>99</sup> Si ricorda che il sistema EU-Pilot è un meccanismo di scambio di informazioni tra la Commissione europea e gli Stati membri su possibili criticità che possono scaturire dalla mancata o incorretta applicazione del diritto dell'Unione europea. Tale strumento, introdotto nel 2008 con la Comunicazione della Commissione *Un'Europa dei risultati – Applicazione del diritto comunitario*, (COM(2007)502), è attivato nella fase precedente all'apertura formale di una procedura di infrazione.

<sup>100</sup> In data 26 settembre 2013 è stata infatti trasmessa la lettera di costituzione in mora al nostro Paese ai sensi dell'art. 258 TFUE.

<sup>101</sup> Su cui mi si consenta di rinviare a V. CAVANNA, *Brevi annotazioni sull'avvio della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia in relazione allo stabilimento ILVA di Taranto*, in <http://www.giuristiambientali.it>.

ancora pendente. In particolare, nell'ottobre 2014 è stato emesso un parere motivato<sup>102</sup> nell'ambito della predetta procedura d'infrazione relativa alla Direttiva sull'AIA n. 2010/75/UE.

Nel gennaio 2016 è stato altresì avviato un procedimento ai sensi dell'art. 108, par. 2 TFUE in relazione agli aiuti di Stato all'ILVA. Nel comunicato stampa del 21 dicembre 2017 della Commissione Europea<sup>103</sup> si legge tra l'altro che: «per molti anni l'ILVA ha disatteso le norme ambientali, causando gravi problemi all'ambiente e alla salute pubblica nell'area di Taranto. Dal 2013 la Commissione porta avanti nei confronti dell'Italia un procedimento d'infrazione per non aver garantito il rispetto da parte dell'ILVA della legislazione dell'UE in materia di norme ambientali. Ciò significa che la Commissione verifica scrupolosamente se i vincoli ambientali vengono rispettati. La Commissione continua ad insistere sul fatto che, come è stato concordato con le autorità italiane nel 2016-2017, gli interventi di bonifica necessari per proteggere la salute degli abitanti e l'ambiente delle aree circostanti devono essere realizzati senza indugi. Data l'urgenza della situazione, già la decisione di apertura della Commissione del 2016 - così come la decisione odierna - prevede alcune salvaguardie e la chiarezza che permettono all'Italia di procedere all'attuazione delle misure di bonifica. L'odierna decisione lascia altresì impregiudicata applicazione del principio "chi inquina paga"».

Da menzionare, poi, il diritto di petizione al Parlamento europeo<sup>104</sup> garantito tramite l'apposita commissione per le petizioni ("PETI"). A tal proposito, sono state sollevate diverse petizioni aventi ad oggetto lo stabilimento ILVA: una delegazione della commissione per le petizioni ha dunque effettuato una serie di audizioni,

---

<sup>102</sup> Si veda il comunicato stampa della Commissione Europea del 16 ottobre 2014 dal titolo *Ambiente: la Commissione europea invita l'Italia a risolvere i gravi problemi di inquinamento nel più grande impianto siderurgico d'Europa*, all'indirizzo [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP\\_14\\_1151](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_14_1151).

<sup>103</sup> Il comunicato stampa afferma altresì che: «Nel 2014 e nel 2015 la Commissione ha ricevuto quattro denunce dai concorrenti del mercato, secondo le quali l'ILVA aveva ricevuto aiuti di Stato illegali. Nel gennaio 2016 la Commissione ha avviato un procedimento di indagine formale in materia di aiuti di Stato riguardante cinque misure di sostegno che il governo italiano ha concesso all'ILVA. L'indagine della Commissione ha confermato che due delle cinque misure hanno conferito all'ILVA un vantaggio indebito, in violazione delle norme UE sugli aiuti di Stato. (...) In quanto beneficiaria di fondi pubblici concessi dall'Italia sotto forma di garanzie o finanziamenti, l'ILVA deve ora rimborsare circa 84 milioni di euro di aiuti (interessi esclusi)»: all'indirizzo: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/it/ip\\_17\\_5401/IP\\_17\\_5401\\_IT.pdf](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/it/ip_17_5401/IP_17_5401_IT.pdf). In argomento, si veda la decisione della Commissione Europea del 21 dicembre 2017, C(2017) 8391 final.

<sup>104</sup> Il diritto di petizione è previsto dagli articoli 20, 24 e 227 del TFUE e dall'articolo 44 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La procedura per il trattamento delle petizioni è disciplinata dagli articoli 226-230 e dall'allegato VI (XX) del Regolamento del Parlamento Europeo.

nonché la visita dello stabilimento, nel luglio 2017, in cui sono state evidenziate diverse non conformità rispetto alla normativa applicabile ed è stata altresì formulata una serie di raccomandazioni<sup>105</sup>.

Come può dunque notarsi, nel caso ILVA il livello di efficacia della risposta è, per il momento, inferiore in termini pratici a quello in ambito CEDU<sup>106</sup>.

Nel frattempo, deve segnalarsi che una risposta dell'ordinamento interno si è avuta grazie alla applicazione (a supporto ed integrazione di quanto previsto dalla normativa in materia di AIA) della summenzionata VDS, il cui rapporto, nel caso di specie, è stato redatto secondo quanto previsto dal Decreto Interministeriale 24 aprile 2013 ed è stato trasmesso agli Enti<sup>107</sup> da ARPA Puglia, AReSS – Agenzia Regionale per la Salute ed il Sociale e ASL Taranto in data 12 febbraio 2019.

Infatti, anche in ragione degli esiti del rapporto di VDS<sup>108</sup>, in data 21 maggio 2019 il Sindaco di Taranto ha chiesto, ai sensi dell'art. 29-quater, c. 7 del Codice Ambiente<sup>109</sup>, il riesame dell'AIA dell'ILVA di cui al suindicato Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 settembre 2017. Il riesame dell'AIA è stato disposto con Decreto del Direttore Generale della Direzione Generale per le Valutazioni e le Autorizzazioni Ambientali del MATTM n. 188 del 27 maggio 2019 (poi impugnato dal gestore innanzi al TAR Puglia, Lecce, con ricorso R.G. n. 1207/2019).

Peraltro, deve darsi altresì atto che il Sindaco del Comune di Taranto ha successivamente emesso l'ordinanza contingibile e urgente n. 15 del 27 febbraio 2020

<sup>105</sup> A tal proposito, si veda il documento *RESOCONTO DI MISSIONE E RACCOMANDAZIONI a seguito della visita a Taranto dal 18 al 19 luglio 2017* del 24 aprile 2018, all'indirizzo: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/147947/1151674IT.pdf>.

Si veda altresì il documento recante *PETI Fact-Finding Mission to Taranto (17-19 July 2017) Environmental topics in Taranto: ILVA plant and ENI refinery* del 4 luglio 2017, all'indirizzo: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/123280/Background%20Document%20PE571.403EN.pdf>.

<sup>106</sup> Ciò è dovuto anche alla discrezionalità che la Commissione ha nell'ambito della gestione della procedura di infrazione: a tal proposito, si veda L. W. GORMLEY, *Infringement Proceedings*, in A. JAKAB - D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values*, cit., pp. 65-78.

<sup>107</sup> Il rapporto di VDS è indirizzato in particolare a Ministero della Salute, Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Presidente della Regione Puglia, Sindaco di Taranto e, per conoscenza, ISPA, ISS, Assessorato all'Ecologia della Regione Puglia, Provincia di Taranto, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Taranto.

<sup>108</sup> Il rapporto VDS, tra l'altro, conferma gli esiti dello studio condotto nell'ambito del progetto del Centro Controllo Malattie ("CCM") del Ministero della Salute *Valutazione Integrata dell'Impatto dell'Inquinamento atmosferico sull'Ambiente e sulla Salute*, all'indirizzo <https://www.viias.it>.

<sup>109</sup> Il comma 7 recita: «In presenza di circostanze intervenute successivamente al rilascio dell'autorizzazione di cui al presente titolo, il sindaco, qualora lo ritenga necessario nell'interesse della salute pubblica, può, con proprio motivato provvedimento, corredato dalla relativa documentazione istruttoria e da puntuali proposte di modifica dell'autorizzazione, chiedere all'autorità competente di riesaminare l'autorizzazione rilasciata ai sensi dell'articolo 29-octies».

avente ad oggetto «Rischio sanitario derivante dalla produzione dello stabilimento siderurgico ex Ilva – Arcelor Mittal di Taranto - emissioni in atmosfera dovute ad anomalie impiantistiche - Ordinanza di eliminazione del rischio e, in via conseguente, di sospensione delle attività». Detta ordinanza è stata impugnata innanzi al TAR Puglia, sede di Lecce, con ricorsi R.G. n. 393/2020<sup>110</sup> e n. 397/2020<sup>111</sup>, e la questione è ancora *sub iudice*.

#### 4. Conclusioni.

Come detto nel Paragrafo introduttivo, assistiamo ad episodi di degrado ambientale che conseguono, spesso, a violazioni di specifiche disposizioni normative. D'altronde, l'evoluzione della tecnologia e delle scoperte scientifiche rende necessario un continuo mutamento ed adattamento del diritto ambientale e delle risposte offerte dall'ordinamento. Alle problematiche ambientali sono poi sempre più strettamente connesse quelle legate alla salute umana (il cui stesso concetto è in fase di evoluzione)<sup>112</sup>.

Alla luce delle problematiche suesposte e comunque della necessità di una sempre maggiore tutela, è pertanto da segnalare con favore l'aggiunta di un ulteriore livello

<sup>110</sup> Il TAR, con provvedimento cautelare n. 318 del 24 aprile 2020, ha sospeso l'ordinanza fino alla camera di consiglio del 7 ottobre 2020, con contestuale ordine al MATTM di produrre in giudizio una serie di documenti, tra cui una relazione a firma del responsabile del procedimento, corredata della documentazione di riferimento, da cui si evinca se il procedimento di riesame dell'AIA sia stato o meno concluso ovvero quale sia lo stato del medesimo, nonché se l'AIA di cui al DPCM del 29 settembre 2017 risulti o meno supportata anche in via indiretta (ad esempio attraverso la documentata partecipazione al comitato degli esperti anche di specifiche professionalità nel campo della tutela della salute, come rappresentanti dell'ISS) da una VDS e, in caso affermativo, con quale metodologia esso sia stato calcolato, anche in relazione al principio di precauzione. Si noti che, alla camera di consiglio del 7 ottobre 2020, la causa è stata rinviata alla camera di consiglio del 15 dicembre 2020. Alla camera di consiglio del 15 dicembre 2020, la causa è stata nuovamente rinviata all'udienza del 27 gennaio 2021. Più specificamente, il TAR ha accolto l'istanza cautelare e, per l'effetto, ha sospeso in via interinale l'efficacia degli impugnati provvedimenti fin alla data di pubblicazione del provvedimento che sarà adottato dal collegio a seguito dell'udienza del 27 gennaio 2021; nonché ha fissato per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 27 gennaio 2021. Ciò sulla base della considerazione che «le questioni sottese alla decisione del ricorso necessitano di adeguato approfondimento e che pertanto appare opportuno – anche nell'ambito di un compiuto bilanciamento degli interessi coinvolti e nel rispetto del pieno esercizio del contraddittorio tra le parti – pervenire alla definizione nel merito con una sollecita fissazione dell'udienza di trattazione».

<sup>111</sup> Il TAR ha emesso il provvedimento cautelare n. 319 del 24 aprile 2020, analogo al n. 318/2020 di cui in nota 109. Inoltre, anche la corrente causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 27 gennaio 2021.

<sup>112</sup> Di talché «solo una corretta interazione tra scienziati, opinione pubblica e decisori politici può portare a risultati positivi, tali da garantire uno sviluppo equilibrato della biosfera, anche per le future generazioni»: così S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., pp. 128-129.

nella tutela di ambiente e salute, quello della CEDU (attraverso l'interpretazione della Corte EDU che ha «riempito le disposizioni CEDU di contenuti nuovi e le ha progressivamente allineate ai mutamenti sociali dell'Europa»<sup>113</sup>), volto per lo più ad ovviare a situazioni "patologiche" ove venga accertata una violazione dei diritti fondamentali.

La sentenza *Cordella*, sotto tale profilo, ha evidenziato l'attenzione della Corte EDU per gli obblighi positivi di tutela dell'uomo e delle risorse naturali gravanti anzitutto sulle istituzioni nazionali, nonché per le violazioni del diritto alla salute misurabili in termini collettivi, valorizzando così il punto di forza degli studi epidemiologici<sup>114</sup>. Infatti, è stato sottolineato che «se muoviamo dal presupposto che la posta in gioco di uno sviluppo autenticamente sostenibile è rappresentata dalle condizioni essenziali dell'esistenza umana, allora forse la tutela dei diritti fondamentali strettamente inerenti alla salubrità dell'ambiente potrebbe davvero costituire una prospettiva di cambiamento, quanto meno come limite di quella discrezionalità politica che finora ha certamente dimostrato, per un usare un eufemismo, scarsa lungimiranza»<sup>115</sup>.

Tale livello si aggiunge – anche se in maniera differente – a quello unionale: gran parte della normativa interna in ambito ambientale è infatti di derivazione europea; inoltre, l'effetto diretto del diritto dell'Unione Europea<sup>116</sup>, la previsione della procedura di infrazione, nonché il ruolo della Corte di Giustizia dell'UE, dovrebbero consentire di ottenere un *enforcement* della predetta normativa.

Peraltro, in linea generale può dirsi che tale sistema multilivello<sup>117</sup> ha avuto – e sta avendo – un innegabile ruolo nell'ambito della tutela dell'ambiente (anzi, di un ambiente salubre), esercitando una forte pressione sugli ordinamenti nazionali (ad esempio, con la summenzionata armonizzazione del diritto interno rispetto alla disciplina europea). Tuttavia, l'analisi svolta nei paragrafi precedenti evidenzia come vi siano margini di miglioramento di detto sistema, che talvolta non si rivela completamente effettivo ed efficace. In particolare, il caso ILVA dimostra, ad oggi, le

<sup>113</sup> G. BONAVENTURA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Grande Europa*, in *ADIR*, 2015.

<sup>114</sup> In tal senso, S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, n. 3, p. 135.

<sup>115</sup> S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani*, cit., p. 162.

<sup>116</sup> Su cui si veda D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 3.

<sup>117</sup> Si parla anche di «sistema multilivello di tutela dei diritti»: così A. PERTICI, *La Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Vol. II, Torino, 2019, p. 292.

difficoltà di ottenere – in concreto – un ottimale conseguimento dell’obiettivo della tutela del diritto ad un ambiente salubre.

Se, da un lato, vi sono alcuni limiti a livello CEDU<sup>118</sup> (tra cui quello dell’assenza di uno specifico rimedio interno finalizzato ad ottenere l’esecuzione delle decisioni della Corte EDU<sup>119</sup> e l’assenza di un diritto autonomo all’ambiente salubre<sup>120</sup>), dall’altro il caso ILVA ha evidenziato che, al momento, il vantaggio di detto livello è quello di obbligare lo Stato, quanto meno, a rendere conto delle proprie azioni (anche se ancora ciò non ha portato al completo soddisfacimento delle pretese dei ricorrenti).

Per quanto concerne il livello unionale, se in taluni casi (come nel caso delle discariche abusive) si è ottenuto l’auspicato *enforcement* della normativa, tale risultato non è tuttavia stato ancora pienamente ottenuto in relazione al caso ILVA.

Diversamente, l’obiettivo di tutela della salute non è sempre adeguatamente raggiunto in concreto, nonostante taluni procedimenti ambientali richiedano una valutazione di detto aspetto; a tal proposito, detta valutazione potrebbe essere affidata auspicabilmente soprattutto all’implementazione del procedimento di VIS a livello nazionale. Anche alla luce del caso ILVA di Taranto, non può pertanto dubitarsi da un lato del carattere necessariamente multilivello della risposta che deve essere data di volta in volta (anche in considerazione della necessaria proporzionalità e sussidiarietà dell’intervento) alle questioni che coinvolgono la tutela della salute pubblica e dell’ambiente, nonché, dall’altro lato, del persistente ineludibile ruolo degli ordinamenti nazionali<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> Si veda a tal proposito il discorso della Prof.ssa Elisabeth Lambert in occasione della Conferenza dal titolo *Environmental protection and human rights* svoltasi il 27 febbraio 2020, all’indirizzo <https://rm.coe.int/e-lambert-speechfinal27fevrier/16809cd94a>, nonché la relativa relazione *Environnement et Droits de l’Homme* consultabile all’indirizzo <https://rm.coe.int/rapport-e-lambert-fr/16809c8281>.

<sup>119</sup> «Quella della sempre migliore applicazione della Convenzione a livello interno è l’unica strada percorribile se si vuole salvaguardare la pertinenza e l’efficacia del sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali, la cui cifra non può essere che quella della sussidiarietà rispetto ai sistemi nazionali»: così G. RAIMONDI, *Presentazione*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, cit., p. VIII.

<sup>120</sup> Non è infatti ancora andato a buon fine il tentativo di introdurre un apposito protocollo alla CEDU. A tal proposito, si ritiene tra l’altro che l’approccio all’ambiente adottato finora – un approccio sostanzialmente antropocentrico – sia ormai sorpassato e debba essere sostituito dal riconoscimento di un diritto soggettivo che vada oltre il diritto ad un ambiente sano, in modo da abbracciare una prospettiva eco-centrica e con un approccio intergenerazionale. Inoltre, si propone di elaborare un modello di processo ambientale a livello europeo. Sul punto, si rinvia alla relazione della Prof.ssa Elisabeth Lambert *Environnement et Droits de l’Homme* di cui alla nota 96.

<sup>121</sup> La dottrina ha parlato di una “perdurante vitalità” degli Stati nazionali: così R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell’ambiente*, cit., p. 8.

# TECNICA POLITICA, PARTITI ED EFFETTIVITÀ DEMOCRATICA. APPUNTI SU UN ORIENTAMENTO COSTITUZIONALE\*

Pierdomenico Logroscino\*\* e Marcello Salerno\*\*\*

**ABSTRACT** [ITA]: Esistono qualità tipiche per i "politici". Alcune sono innate. Ma quelle che si possono designare con l'espressione tecnica politica si formano. Essenziale a tal fine è il ruolo dei partiti, i quali, peraltro, determinano l'attribuzione della più grande maggioranza delle posizioni politiche. Svolgere adeguatamente tale compito è determinante per garantire effettiva democraticità al sistema. In particolare, ciò costituisce presupposto per avere politiche adeguate e dunque, in definitiva, per conseguire output legitimacy. La realtà attuale mostra attenzione assai parziale a questo tema, che invece la Carta costituzionale sembra delineare abbastanza chiaramente, sebbene in modo implicito.

**ABSTRACT** [ENG]: *There are typical skills for 'politicians'. Some of them are innate, while those identified as 'political technique' have to be trained. Fundamental to this end is the role of the political parties, who, moreover, decide the great majority of the political positions. Performing this role properly is crucial to ensure the full effectiveness of the democratic system. In particular, this is a prerequisite for having adequate policies and, ultimately, for gaining output legitimacy. Reality, nowadays, shows very partial attention to this issue, which instead the Constitution seems to outline quite clearly, albeit implicitly.*

**SOMMARIO:** **1.** Tecnici, politici e tecnica politica: seguendo la lezione di Guarino. – **2.** La competenza della classe politica tra input e output legitimacy. – **3.** Verso la valorizzazione delle competenze nella vita dei partiti? Tracce minime di un percorso tutto da costruire. – **4.** Formare e mantenere formata la classe politica come compito costituzionale dei partiti; sua valenza. – **5.** La disciplina nell'esercizio delle funzioni pubbliche (anche) come *téchne*.

---

\* Pur nell'ambito di una comune riflessione, i §§ 1 e 4 sono da attribuire a Pierdomenico Logroscino, i §§ 2 e 3 a Marcello Salerno, il § 5 a entrambi.

\*\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Bari "Aldo Moro".

\*\*\* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Bari "Aldo Moro".

## 1. Tecnici, politici e tecnica politica: seguendo la lezione di Guarino.

Nella celebre prolusione romana del 1962 su *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, Giuseppe Guarino afferma che anche i politici sono in realtà dei tecnici. Essi, infatti, «devono aver acquisito una specializzazione che comprende le nozioni necessarie per il governo della collettività, e che si fonda sullo sviluppo delle attitudini indispensabili per adottare quelle decisioni che sono sottratte agli altri tecnici». Sicché è «[s]olo per convenienza linguistica [che nell'uso invalso non solo tra gli specialisti] vengono contrapposti ai tecnici»<sup>1</sup>. Poi aggiunge una notazione che appare di primo rilievo e sempre attuale: «ogni regime politico si risolve, innanzitutto, in un particolare metodo per la selezione e la formazione del personale politico» ed è possibile «operare una valutazione dei sistemi di selezione e formazione del personale politico conseguenti all'adozione delle varie formule di regime politico»<sup>2</sup>.

Esistono indubbiamente delle “doti” tipiche del politico. Una parte d'essere innata. Un'altra – che si potrebbe definire tecnica politica – si forma e affina «attraverso una complessa carriera, che si svolge nei partiti, nei sindacati, nelle associazioni, nelle amministrazioni di vario grado, che si afferma nel Parlamento e nel Governo. Il politico deve possedere approfondite conoscenze relative alla organizzazione dello Stato e al modo di concretamente utilizzarla, e che corrispondono, su un piano più vasto, alla conoscenza degli amministratori delle imprese»<sup>3</sup>. Nell'analizzare criteri e modalità di scelta dei politici – distinte e diverse da quelle dei tecnici in senso convenzionale (d'ora in avanti semplicemente “tecnici”) – Guarino rimarca che mai dovrebbero mancare le attitudini: che si sostanziano nelle capacità di convogliare consenso ma anche di assumere le decisioni necessarie a rispondere prontamente ai bisogni della collettività<sup>4</sup>. Ma altrettanto indispensabili sono appunto le competenze:

---

<sup>1</sup> G. Guarino, *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, Prolusione al corso ufficiale di Istituzioni di diritto pubblico della facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma, tenuta il giorno 28.2.1962, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 3 ss., qui 11 s.

<sup>2</sup> Ivi, 12.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> ... quelli percepiti (talvolta fatti percepire o anche provocati – come dice Guarino – dallo stesso politico) e quelli che non lo sono, o non lo sono pienamente, o non lo sono quanto alle misure che richiedono. Ciò significa

la consapevolezza del contesto – non tanto tematico, quanto organizzativo – e la capacità di “gestirlo”. Ciò è infatti indispensabile per svolgere una corretta valutazione, previa, dell’impatto della decisione e dunque per approntare, adottare e implementare politiche efficienti ed efficaci: effettivamente atte ad affrontare i problemi e, quando possibile, a risolverli<sup>5</sup>.

D’altro canto, il politico si troverà ad affrontare, a dover decidere su materie molto differenti tra loro, e su problemi molto spesso assai complessi. Potrà ricoprire cariche la cui funzione tipica è adottare decisioni di sintesi (paradigmatica quella del Capo dell’Esecutivo, non solo statale); quasi certamente avrà ruoli politici in ambiti tematici diversi, nel corso della carriera (non è certo una rarità passare da un ministero all’altro o da un ruolo territoriale a un ruolo statale e, negli ultimi anni, anche viceversa). Tutto ciò richiede duttilità e percezione, ma queste non bastano. Occorre inculturazione e informazione continua. A tal fine preziosi sono l’ascolto, il confronto; indispensabile lo studio. Da ciò deriva che il grado di efficienza e funzionalità della classe politica – sia reale sia percepito: e dunque anche la sua legittimazione – finisce per dipendere molto dalla sua apertura alla società e segnatamente alle sue forze più vive<sup>6</sup>. Rilievo specifico ha però il confronto non sporadico ma strutturale<sup>7</sup> con le comunità dei tecnici nella loro ontologica pluralità<sup>8</sup>. Il contributo di competenze che da questi proviene è infatti da sempre presupposto

avere capacità di avvertire gli umori, ma anche di far accettare sacrifici che possono essere gravi e dolorosi quando gli stessi sono valutati necessari, G. Guarino, *Tecnici e politici*, cit., 12.

<sup>5</sup> Spesso infatti ci si chiede quanto l’esercizio del potere sia condizionato da valutazioni meritocratiche, in senso lato, che consentano di scegliere i “migliori” tra i concorrenti in un ambito socialmente omogeneo o se, invece, sia semplicemente espressione della capacità di guida di movimenti tendenzialmente contrapposti e legittimati dal voto popolare; così G. Vecchio, *Partiti, autonomia privata, democraticità*, in *issirfa.cnr.it*, maggio 2017 ma cfr. anche M. Gregorio, *Le dottrine costituzionali del partito politico: l’Italia liberale*, Firenze, Firenze University Press, 2012, 32 ss.

<sup>6</sup> ... che restano tali fin quando non si fanno inglobare, peggio fagocitare, come la classe politica e per essa i partiti tendono a fare, di modo da (ri-)proporsi come istanza unica di sintesi e assorbire in sé tutto il pluralismo politico, insomma nella logica del “catch-allpartie”, O. Kirchheimer, *La trasformazione dei sistemi partitici dell’Europa occidentale* (1966), trad. it. in G. Sivini (cur.), *Sociologia dei partiti politici. La trasformazione delle democrazie rappresentative*, Bologna, il Mulino, 1979, 243 ss.

<sup>7</sup> Qui si fa riferimento alla rilevanza dei tecnici nell’ordinario. Non è dunque utile il raffronto con le vicende del “governo della (o nella) pandemia”, con il suo caratterizzarsi, *almeno in apparenza*, per il rilievo assegnato a specifiche classi di tecnici, segnatamente a quella biomedica, che in alcune fasi ha assunto caratteri (apparentemente) parossistici. Del resto, solo le analisi “a freddo” riveleranno a pieno, in retrospettiva, i caratteri del governo di questa particolarissima esperienza, ancora tutta in corso.

<sup>8</sup> ...le opinioni esperte (tesi, previsioni) sono naturalmente diverse perché ogni tema ha più aspetti e incide su più interessi, che involgono differenti competenze e sensibilità; G. Guarino, *Tecnici e politici*, cit., 10.

indispensabile per assumere decisioni politiche consapevoli e produttive<sup>9</sup>. Ma lo è in ambiti che risultano sempre più estesi al crescere della complessità, che nella contemporaneità (integrata, disomogenea, liquida e tecnologizzata progressivamente) è geometrico e per molti versi ha superato e continua a superare l'immaginabile (dai più).

Alla classe politica, dunque, si richiede oggi un *surplus* di capacità di conoscere tempo per tempo: nel momento in cui occorre decidere; soprattutto sui temi altamente mutevoli. Non si può infatti considerare un'alternativa valida quella che pur spesso essa percorre di "affrontare" le proprie inadeguatezze (causate dalla complessità e dall'instabilità degli oggetti, ma anche dal proprio preoccupante decadimento) ritraendosi da spazi fondamentali di decisione politica, per rimetterli a competenti indipendenti. Giacché questo è tutt'altro che un bene per la democraticità del sistema<sup>10</sup>.

Torna dunque centrale un aspetto ormai in ombra di quello che può definirsi il ruolo costituzionale dei partiti: formare (e mantenere formati) coloro che assumono compiti di governo, amministrativi e di gestione come onere logicamente connesso alla funzione di selezione della classe dirigente, una funzione che è immanente ai partiti: parte integrante da sempre<sup>11</sup> del loro modo di essere e di agire e chiaramente «sottesa allo spirito e alla stessa trama normativa dell'art. 49»<sup>12</sup>. Del resto – come segnala Mortati in un noto intervento in Assemblea costituente – è nei partiti «che si preparano i cittadini alla vita politica e si dà ad essi la possibilità di esprimere organicamente la loro volontà, è nei partiti che si selezionano gli uomini che rappresentano la nazione in Parlamento» (corsivo aggiunto)<sup>13</sup>. Il che, più che mera

<sup>9</sup> A. Ruggeri, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in *federali-smi.it*, 22-2017, 5 s. e ora Id., *Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto: un ossimoro costituzionale?*, in *Consulta online*, 2-2020, 287; P. Carrozza, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, in G. Grasso (cur.), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 90-91. E. Catelani sottolineava bene, già alcuni anni fa, come la responsabilità delle decisioni resta e deve restare in capo alla classe politica; *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. Grasso (cur.), *Il Governo*, cit., 129 s. Come è noto oggi questo tema è (ovviamente) messo particolarmente a fuoco.

<sup>10</sup> S. Cassese, *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Roma, Ed. di storia e letteratura, 2019, 42.

<sup>11</sup> ... più precisamente da quando si è affermato il modello organizzativo di partito e la sua strutturazione istituzionale, che, pur nelle profonde metamorfosi, resta attuale. Sulla formazione di tale modello è tuttora fondamentale A. Predieri, *I partiti politici*, in P. Calamandrei, A. Levi (dir.), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, vol. I, Firenze, Barbera, 1950, 171 ss.

<sup>12</sup> C. De Fiore, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *costituzionalismo.it*, 1-2018, 227.

<sup>13</sup> Si tratta di quello del 22.5.1947 con cui prova a difendere un emendamento che ha presentato insieme a Carlo Ruggiero volto a imporre ai partiti politici il requisito della democraticità nella loro organizzazione interna; *Atti*

notazione su ciò che in quel momento accade, pare indicazione su come deve strutturarsi la costruenda democrazia costituzionale per essere effettiva. Dunque il partito politico non è solo luogo di elaborazione e determinazione dell'indirizzo politico, ma *deve* anche *essere* luogo di partecipazione civile *permanente*<sup>14</sup> e di selezione di una classe politica adeguata. Luogo in cui i cittadini maturano la propria dimensione politica e sociale, divenendone attori e non solo spettatori<sup>15</sup>.

Se nel DNA dei partiti è esercitare la propria "funzione" di scelta della classe dirigente in base a meccanismi di "appartenenza" (vicinanza ideologica, comune sensibilità su temi condivisi, adesione a un medesimo progetto politico) ciò che appare oggi sfortunatamente crescente è la preminenza assegnata a talune reti relazionali variamente articolate. Talora aventi natura semplicemente "amicale" o di patronato: basate, dunque, su reciproci vantaggi personali. Parallelamente tendono sempre più a perdere valore i criteri della appartenenza politica *vera* (che è condivisione di prospettive di realizzazione degli interessi collettivi e generali) e quelli dell'esperienza, della conoscenza, dell'attitudine, della capacità, insomma, di affrontare i problemi e assumere decisioni efficaci. Spesso questi vengono persino apertamente negati nel coltivare – talora non senza astuzia e alta dose di cinismo – il "disprezzo della competenza", come torsione deviata dalla comprensibile e spesso condivisibile critica alle *élite* e alle tecnocrazie<sup>16</sup>.

Tutto ciò ha contribuito notevolmente ad abbassare il livello di preparazione della classe politica, il che si inquadra, per inciso, in una ancor più preoccupante crisi generale delle classi dirigenti. Ma anche le astute prospettazioni populistiche non riescono a far diga nel tempo alla grave crisi di legittimazione che la politica sconta certo da molti anni, ma si appalesa anche progressiva, inarrestabile. Per stare al tema, è tutt'altro che insolito percepire in buona parte del corpo elettorale imbarazzo e disappunto dinanzi alla evidente inadeguatezza di ministri, parlamentari, governatori e così via, ma anche di *grandcommis* scelti dalla politica. Sempre meno di

---

Ass. Cost., Plen., CXXXIX, p. 4159 s.; l'emendamento – come è ben noto – dovrà essere ritirato per l'evidente mancanza di consenso.

<sup>14</sup> ... attraverso cui si «supera e trascende quel diritto di partecipazione solo *puntuale*, anche se rinnovantesi a intervalli periodici, che è il diritto elettorale attivo»; V. Crisafulli, *partiti nella Costituzione*, in *Jus*, 1969, 11-12, il quale peraltro non manca di sottolineare la distanza tra dover essere costituzionale e realtà: «la fenomenologia politica si mostra sempre più lontana dal modello». L'osservazione vale, tuttora; anzi la condizione appare assai peggiorata.

<sup>15</sup> E. Rossi, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Riv. AIC*, 1-2011, 2.

<sup>16</sup> S. Cassese, *Il popolo*, cit., 42.

rado essi si rivelano infatti non solo neofiti nei settori per i quali sono chiamati a prendere decisioni determinanti per la vita del Paese ma – quel che è grave – anche poco coltivati nell’arte di affrontare i complessi problemi imposti dal ruolo che ricoprono: trovare, insomma, soluzioni corrette (cioè funzionali nel tempo) che d’altro canto riescono a coagulare, almeno *medio tempore*, il necessario consenso sociale<sup>17</sup>.

Se è vero, infatti, che le istituzioni sono sempre supportate da strutture tecniche spesso ampie e articolate, le lacune di conoscenza, consapevolezze, ma soprattutto nella capacità di governo della classe politica, determinano trasferimenti gravi (per la democrazia) del momento decisionale alla tecnica, rendendo molto più difficile l’individuazione delle responsabilità e talora occultando il vero luogo di sintesi e di composizione dei vari interessi in gioco. Un aggravamento è perpetuato dalla prassi del tutto consolidata per cui all’insicurezza sulla lealtà e sulle competenze delle burocrazie e sulla propria capacità di indirizzarla e controllarla, il ceto politico risponde affollando il sistema di amministrazioni parallele e di uffici fiduciari sempre più pervasivi nei ruoli apicali e d’interfaccia tra organi di indirizzo politico e struttura amministrativa<sup>18</sup>. Ciò infatti crea ulteriore disordine; favorisce forme di mandarinate atte a ridurre, nella sostanza, gli effetti benefici attesi dall’alternanza politica; costituisce persino una sorta di motivo di deresponsabilizzazione quanto alle politiche di reclutamento, valutazione, avanzamento in carriera nelle pubbliche amministrazioni, giacché, se le burocrazie sono inefficienti quasi per destino, non così grave è usarle a fini di riequilibrio sociale o addirittura per esigenze brute della classe politica: consenso clientelare e collocamento (o ri-collocamento) dei propri quadri<sup>19</sup>.

Le “vecchie” scuole di partito costituivano strumento solido e rodato di formazione politica: “palestre” di educazione democratica ma anche di preparazione tecnica allo svolgimento di incarichi di governo. A esse le forze politiche hanno

---

<sup>17</sup> G. Guarino, *Tecnici e politici*, cit., 13.

<sup>18</sup> Sul rilievo che i capi di gabinetto e degli uffici legislativi hanno avuto nella storia politico-costituzionale italiana v. il ficcante pamphlet *Io sono il potere. Confessioni di un capo di gabinetto*, raccolte da G. Salvaggiolo, Milano, Feltrinelli, 2020 e la raccolta di biografie curata da G. Melis, G. Tosatti, *Il potere opaco. I gabinetti ministeriali nella storia d’Italia*, Bologna, il Mulino, 2020.

<sup>19</sup> Delle «conseguenze dissoltrici [...] che] una prassi predatoria e gregaria» ha sulla conservazione dell’indispensabile burocrazia professionale parla C. Schmitt nello spiegare il senso dell’art. 130 della Cost. di Weimar e del concetto di garanzia istituzionale; *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, 231.

progressivamente rinunciato e la formazione, minima, a cui continuano a dare rilievo è in massima parte rivolta alle tecniche di acquisizione della “visibilità”, più che del vero consenso politico. Stanno quindi palesemente abdicando alla funzione di formazione politico-partitica (dunque da tecnici della decisione anche condivisa, non della mera acquisizione di consenso elettorale anche effimero) con esiti metamorfizzanti<sup>20</sup> che sono alla base dei processi di personalizzazione dei partiti<sup>21</sup> e delle derive populistiche<sup>22</sup>. All’involuzione leaderistica corrispondono la progressiva perdita di interesse, prima ancora che di capacità, dei partiti politici a rendere l’elettorato partecipe dei processi decisionali<sup>23</sup>. Il che significa per il cittadino sempre minore spazio per “concorrere” a determinare la politica nazionale e per i partiti dequalificazione costituzionale con conseguente perdita di effettività democratica.

## 2. Competenza della classe politica tra *input* e *output legitimacy*.

Il dibattito sul “metodo democratico” all’interno dei partiti concentra generalmente gran parte delle attenzioni su un’accezione di “democraticità” in base alla quale il partito ha bisogno di principi, organi, strumenti o modalità organizzative che garantiscano partecipazione, pluralismo, libera espressione<sup>24</sup> ma anche

<sup>20</sup> C. De Flores, *Dai partiti*, cit., 211 ss.

<sup>21</sup> Sul punto, per tutti, C. Crouch, *Postdemocrazia*(2004), trad. it a cura di C. Paternò, Roma-Bari, Laterza, 2005 (v. spec. 34, ove criticamente si osserva che le dinamiche di costruzione della leadership attraverso «campagne elettorali interamente basate sulla personalità dei candidati erano caratteristiche delle dittature e della politica elettorale in società con un sistema partitico poco sviluppato e un dibattito politico scarso»); M. Calise, *Il partito personale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

<sup>22</sup> Ancora C. De Flores, *Dai partiti*, cit., 229.

<sup>23</sup> Ne consegue che la composizione della classe dirigente è sempre più affidata a notabili locali, strutture periferiche, pezzi della società civile, settori della grande impresa o a piattaforme telematiche. Su quest’ultimo aspetto: F. Pizzetti, *Partiti politici e nuove tecnologie*, in *Partiti politici e società civile a sessant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009, 277 ss.; P. Costanzo, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Dir. informaz. e dell’informatica*, 2011, 19 ss.; M. Ainis, *Democrazia digitale*, in *Rass. parl.*, 2013, 263 ss.; M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2015, 288 ss.

<sup>24</sup> Sul tema, oltre alle opere cit. nel § precedente, almeno C. Esposito, *I Partiti nella Costituzione italiana* (1952), in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 147 ss.; C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell’ordinamento italiano* (1957), ora in *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972, 355 ss.; V. Crisafulli, *La Costituzione della Repubblica italiana e il controllo democratico dei partiti*, in *Studi politici*, 1967, 265 ss.; T. Martines, *Partiti, sistema dei partiti e pluralismo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1979, 43 ss.; P. Ridola, voce *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 113 ss.; G. Demuro, *Il dibattito sui partiti: per un diritto individuale di partecipazione politica*, in *Quad. cost.*, 2008, 144 ss.; *Annuario AIC 2008. Partiti*

trasparenza<sup>25</sup> e inclusione<sup>26</sup>. Sono questi gli aspetti che con Fritz Scharpf si possono chiamare di *input legitimacy*: ciò che ruota intorno all'idea di "governo del popolo". L'altro aspetto dell'ordinamento democratico, altrettanto fondamentale, è qualificato di *output legitimacy*. Esso attiene – come è noto – al "governo per il popolo". Quanto al primo profilo la legittimazione è direttamente proporzionale all'aderenza tra le decisioni assunte e le istanze o le preferenze dei cittadini; quanto al secondo dipende da quanto le decisioni siano in grado di garantire *effettivamente* il bene comune (ma sempre anche per come generalmente percepito)<sup>27</sup>. L'*input legitimacy*, dunque, si misura in termini di consenso da parte del corpo elettorale, di partecipazione ai processi decisionali ma anche di tutela di posizioni minoritarie. Invece l'*output legitimacy* in termini di efficacia delle decisioni e di capacità di risolvere concretamente i problemi, di raggiungere gli obiettivi prefissati, di soddisfare le esigenze della collettività.

Tale proposta di articolazione non ha mancato di sollevare dubbi e osservazioni critiche. Specie nella misura in cui è stata utilizzata per finalità non solo (e non tanto) analitico-descrittive, quanto prescrittive e, dunque, in termini dicotomici; in particolare per identificare un fondamento legittimante di decisioni efficienti sotto il

---

*politici e società civile a 60 anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009; S. Merlini (cur.), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, Passigli, 2009; E. Rossi, *La democrazia interna nei partiti*, in *Riv. AIC*, 1-2011, 1 ss.; C. Perlingieri, *Nuove forme di partecipazione politica e «metodo democratico»*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 843 ss.; D. Coduti, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Torino, Giappichelli, 2019; I. Lagrotta, *La crisi dei partiti e la democrazia*, 2<sup>a</sup> ed., Bari, Cacucci, 2020.

<sup>25</sup> V., ad esempio, M. Rubechi, *La trasparenza nel finanziamento della politica tra esigenze di controllo e «metodo democratico»*, in L. Califano, C. Colapietro (cur.), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 138 ss.; T.F. Giupponi, *Trasparenza e «metodo democratico» nella più recente legislazione sui partiti politici. Un'attuazione indiretta dell'art. 49 Cost.?*, in *Forum Quad. cost.*, 21.10.2019.

<sup>26</sup> Concentra l'attenzione, in particolare, sull'inclusione sociale attraverso l'inclusione politica A. Poggi, *È ancora attuale il dibattito sul "metodo" democratico interno ai partiti?*, in *federalismi.it*, 24-2014.

<sup>27</sup> F.W. Scharpf, *Governing in Europe: effective and democratic*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 6 ma cfr. anche G. Majone, *Europe's Democratic Deficit: the Question of Standards*, in *European Law Journal*, 4, 1-1998, 5 ss. La distinzione venne utilizzata soprattutto per affermare che il deficit democratico delle istituzioni comunitarie era compensato dalla forte legittimazione assicurata dai risultati che riuscivano a conseguire le loro politiche. Per ulteriori e successivi sviluppi cfr. M. Boedeltje, J. Cornips, *Input and output legitimacy in interactive governance*, in *NIG Annual Work Conference 2004 Rotterdam*, disponibile in <https://repub.eur.nl/pub/1750/> i quali si chiedono fino a che punto questi due criteri di legittimazione possono essere realizzati simultaneamente. Con particolare riferimento alla legittimazione dei processi di integrazione europea e al tema del deficit democratico dell'ordinamento comunitario, v. anche le riflessioni di C. Pinelli, *L'Europa democratica nella strettoia fra populismo e tecnocrazia*, in *Meridiana – Riv. st. sc. sociali*, 77, *In nome del popolo sovrano*, 2013, 101 ss.

profilo del risultato<sup>28</sup> ma assunte da istituzioni non sufficientemente radicate in un circuito democratico-rappresentativo<sup>29</sup>.

Non è possibile indugiare su tale dibattito sia perché non è obiettivo di questo breve studio, sia perché non si vuole sostenere (né pare sostenibile) la tesi dell'autosufficienza dell'*output legitimacy*, giacché essa risulta priva di fondamento costituzionale e addirittura in contrasto con i suoi principi espressi. Ciò che si ritiene utile (e sufficiente) evidenziare è che se l'attenzione alla "democraticità" si concentra solo sull'*input legitimacy* e le procedure democratiche non si rivelano in grado di produrre risultati efficaci, la democrazia rischia di diventare un «empty ritual» incapace di «achieving the goal that citizens collectively care about»<sup>30</sup>. La legittimità dei governi, dunque, dipende anche dal "prodotto" e la qualità dell'*output* concorre a completare il circuito democratico<sup>31</sup>.

In altri termini, se è di certo fondamentale mantenere la più rigorosa attenzione sull'*input*, occorre, nello stesso tempo, accrescere la consapevolezza di quanto l'*output* incida sull'effettività della democrazia: le procedure democratiche interne non sono infatti sufficienti in sé, e se di ciò non si tiene in dovuto conto, cresce il rischio che gli obiettivi programmatici dichiarati dinanzi al corpo elettorale finiscano per non avere valore impegnativo per la classe politica. E invece «la dialettica elettori-governanti [...] elemento essenziale della democrazia [...] non può essere ridotta a mero "governo del popolo"». Già «quegli stessi illuministi che prepararono la strada allo

<sup>28</sup> La distinzione di Scharpf e Majone fra politiche regolatorie e politiche redistributive, su cui si regge la tesi dell'autosufficienza dell'*output legitimacy* quale fondamento del sistema dell'Unione, non tiene conto che anche le decisioni più "tecniche" presentano un risvolto prescrittivo e per giunta, sul piano empirico, spesso sono assai meno incontrovertibili di quanto non si ritenga. Cfr. in tal senso, R. Bellamy, *Democracy without Democracy? Can the EU's Democratic "Outputs" be Separated from the Democratic "Inputs" Provided by Competitive Parties and Majority Rule?*, in *Journal of European Public Policy*, 2010, 1 ss.; C. Pinelli, *The Dichotomy Between "Input Legitimacy" and "Output Legitimacy" in the Light of the EU Institutional Developments*, in *European Papers*, 5, 1-2020, 225 ss.

<sup>29</sup> Tale prospettazione è stata utilizzata a fondamento della legittimazione dell'Unione europea, quando i dubbi sul deficit democratico di essa erano particolarmente diffusi e non senza ragione, data la strutturazione istituzionale di allora. Non di meno, secondo Scharpf essa poteva trarre legittimazione dai risultati delle politiche piuttosto che dalle sue credenziali democratiche; sul punto rilevanti le recenti notazioni di C. Pinelli, *Input legitimacy e output legitimacy dell'Unione europea: a che punto siamo?*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta online*, 24.7.2019.

<sup>30</sup> F.W. Scharpf, *Economic integration, democracy and the welfare state*, in *Journal of European Public Policy*, 4, 1-1997, 19 s., il quale evidenzia: «to be normatively acceptable in welfare-theoretic terms, the majority principle must presuppose that voters are, at least in part, oriented towards a notion of the "common good"». Sui problemi di verificabilità degli *output* e sulla difficoltà di collegarvi conseguenze ora Y. Mény, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, il Mulino, 2019, 116 s., ma cfr. anche S. Cassese, *Il popolo*, cit., 36 s.

<sup>31</sup> S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2017, 33.

sviluppo della democrazia ritenevano [infatti] che, al vertice, la carriera dovesse essere aperta ai talenti e che fossero necessarie scuole e procedure di formazione di classi dirigenti»<sup>32</sup>. Di modo da garantire al popolo politici e politiche idonei.

In Italia sono però mancate, salvo occasionali circostanze e luoghi, adeguate sedi di formazione e di selezione, canali di promozione, meccanismi di ricambio. Di qui la debolezza della classe dirigente – e di quella dell’area pubblica in particolare – che ha determinato una diffusa e radicata sfiducia nei governi e, di conseguenza, una sempre maggiore attenzione verso *l’output legitimacy*.

Il problema diventa, quindi, quello di individuare il migliore punto di equilibrio tra le fondamentali istanze di partecipazione, di pluralismo e di inclusione all’interno dei partiti politici e la necessità che tali istanze si traducano anche in programmi concreti e realizzabili; e nelle conseguenti decisioni attuative. In questa prospettiva, è importante che i soggetti chiamati ad assumere responsabilità politiche siano dotati di un adeguato bagaglio di competenze in grado di rendere realizzabili, effettive ed efficaci le decisioni da assumere. Ecco che i partiti politici diventano l’ambiente proprio di coltura di tali competenze; di formazione, oltre che di selezione della classe dirigente.

La discussione sul tema della democraticità interna ai partiti deve allora tenere in piena considerazione non solo *l’input legitimacy*, su cui la dottrina da sempre correttamente si concentra, ma anche le prospettive (e dunque le esigenze) dell’*output legitimacy*. In altri termini, il livello di “democraticità” va misurato non solo in base alla funzionalità dei meccanismi volti a garantire alle diverse “anime” del partito di esprimere la propria voce, di concorrere alla definizione dei programmi politici e alla composizione delle liste di candidati; ma anche in ragione della capacità di rendere in politiche e realizzare efficacemente gli obiettivi indicati (o almeno accolti) dalla base del partito.

---

<sup>32</sup> Influenzati dal meccanismo di formazione e promozione dei cosiddetti “mandarini cinesi” (Shi Dai Fu), furono gli autori di quello che sarebbe stato poi chiamato sistema del merito, fondato su accesso aperto a tutti e selezione dei migliori e più capaci. Così S. Cassese, *La democrazia*, cit., 32 ss., il quale evidenzia che in alcuni paesi, come la Francia, queste idee portarono alla formazione di grandi scuole di settore, da cui uscirono i vertici dello Stato, sia nel settore privato, sia in quello pubblico; nel Regno Unito un’esigenza analoga si affacciò alla metà del XIX secolo e furono allora riordinate le due grandi università di Oxford e di Cambridge, come luoghi di formazione e di selezione per introdurre la selezione competitiva sulla base del merito anche al vertice dello Stato. In Italia vi è sempre stata una netta separazione tra selezione e carriere del settore pubblico e del settore privato e nel settore pubblico vi è stata osmosi tra politica e amministrazione statale. Poi i due mondi si sono separati, e nell’amministrazione ha prevalso un meccanismo selettivo fondato sull’anzianità e sull’autoselezione corporativa.

Evidentemente ciò non significa seguire logiche di efficientismo fino al punto di aderire addirittura alle derive tecnocratiche che attraversano le democrazie contemporanee<sup>33</sup>. Significa (solo) prestare la dovuta attenzione anche al sistema delle competenze e delle capacità che occorre sviluppare proprio all'interno dei partiti affinché le istanze democratiche possano effettivamente trovare realizzazione; non restare, dunque, slogan o mere enunciazioni di principio. Insomma, occorre includere nel concetto stesso di democrazia anche le valutazioni, ragionevolmente ponderate, circa gli effetti delle politiche sul benessere collettivo<sup>34</sup>. Il corretto funzionamento di ogni forma di governo richiede un giusto bilanciamento tra consenso democratico ed efficienza delle decisioni, sempre funzionali ai bisogni dei cittadini.

Il principio di efficienza, tornato recentemente al centro del dibattito in occasione della riforma costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari<sup>35</sup>, ruota attorno alla relazione tra gli strumenti e i mezzi utilizzati per raggiungere un determinato fine e i risultati ottenuti<sup>36</sup>, pertanto entra direttamente in relazione anche

---

<sup>33</sup> Sui limiti dell'efficienza in rapporto alla salvaguardia dei valori democratici si sofferma, in particolare, G.M. Salerno, *La democrazia e i dilemmi dell'efficienza: osservazioni critiche*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, Cedam, 1995, 651 ss.

<sup>34</sup> In questi termini G.M. Salerno, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, in part. 218 ss.

<sup>35</sup> Secondo G. di Plinio la riduzione del numero dei parlamentari, nel creare una maggiore verticalizzazione della rappresentanza politica, è «in grado di aumentare capacità di incidenza, autonomia e prestigio di ciascuno di essi e conseguentemente accrescere funzionalità ed efficienza (ma anche prestigio) di ciascuna Camera nel suo complesso»; *Un adeguamento della costituzione formale alla costituzione materiale. Il "taglio" del numero dei parlamentari, in dieci mosse*, in *federalismi.it*, 7-2019, 5 ss. Nel medesimo senso già C. Fusaro, *Nota scritta nell'ambito delle audizioni in Ufficio di Presidenza, in relazione all'esame in sede referente dei ddlcost. n. 214 e conn. (riduzione del numero dei parlamentari)*, in *www.astrid-online.it*, 21.11.2018. Non sono tuttavia mancate opinioni opposte; v., ad es., E. Rossi, *La riduzione del numero dei parlamentari*, in *Quad. cost.*, 2019, 423; A.M. Poggi, *La riforma costituzionale meno urgente. Se rimanesse l'unica sarebbe una pietra tombale sul rinnovamento delle istituzioni*, in E. Rossi (cur.), *Meno parlamentari, più democrazia? Significato e conseguenze della riforma costituzionale*, Pisa, Pisa University Press, 2020, 265 ss., secondo la quale immaginare che alla semplice riduzione del numero consegua necessariamente lo snellimento dei lavori e, dunque, una maggiore efficienza del procedimento legislativo costituisce solo «un esercizio teorico». Cfr. anche C. Tripodina, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 88 s., che ritiene «poco credibile» che la riduzione del numero dei parlamentari sia volta al rafforzamento dell'efficienza del Parlamento. Di certo assai rilevante, «se non [proprio] decisivo, al fine di valutar[e] i contenuti e, soprattutto, gli effetti» della riforma costituzionale sarà la sua attuazione; N. Lupo, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in *Forum Quad. cost.*, 3-2020, spec. 328. È dunque su di essa che vale ora impegnare le risorse di analisi. Tra le iniziative di riflessione v. in part. il Seminario a porte chiuse del 12.10.2020 sulle prospettive post referendum, con interventi di A. Ciancio, S. Currieri, R. Dickmann, G. di Plinio, N. Lupo, G.M. Salerno, L. Spadacini, pubblicati in *federalismi.it*, 29-2020.

<sup>36</sup> Nella scienza dell'organizzazione aziendale si tende a indentificare l'efficienza come il rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti e l'efficacia come quello tra risultati ottenuti e obiettivi prestabiliti. Ma l'efficienza

con i compiti tipici dei partiti. Il problema dell'efficienza, infatti, solo in parte è conseguenza di regole e di modelli di governo; in larga misura dipende dal non corretto funzionamento dei canali di trasmissione tra sistema istituzionale e società<sup>37</sup>. L'evoluzione verso modelli organizzativi di governo più efficienti passa dunque, inevitabilmente, anche per il sistema dei partiti. L'efficienza fissa, infatti, un obiettivo di qualità della democrazia che necessita di una classe politica realmente in grado di identificare e affrontare i problemi di cui è chiamata a occuparsi.

Così torna il tema del delicato equilibrio tra *input* e *output legitimacy*. Come esso si realizzi in concreto all'interno dei partiti dipende, naturalmente, da numerosi fattori, riconducibili all'organizzazione interna, certo, ma anche e fondamentalmente alle varie azioni e iniziative di cui la vita del partito si anima (o almeno *dovrebbe* animarsi): scuole di formazione politica, seminari e convegni; canali di collaborazione con gli enti di ricerca: le università in particolare; percorsi di confronto esperienziale in cui siano coinvolte le istituzioni di ogni livello di governo (comunale, regionale, statale, eurounitario) e le relative classi politiche. Occorrerebbe tornare anche a pubblicare i risultati di tali attività, sistematicamente; tanto più che i nuovi mezzi digitali quasi azzerano i costi editoriali.

Iniziative di questo tipo avrebbero non solo il merito di migliorare il livello di preparazione di tutti coloro che, a vario titolo, partecipano alle attività dei soggetti politici e allargare gli strumenti di formazione e informazione partitica. Produrrebbero anche *utilitates* ai fini della selezione della classe dirigente. Allargherebbero infatti significativamente il bacino di soggetti formati e quindi più pronti a rivestire ruoli istituzionali e svolgere adeguatamente i relativi compiti (invero assai più ardui di quanto la vulgata vorrebbe).

---

può essere più estensivamente intesa come relazione tra gli obiettivi perseguiti e da perseguire (*outcome*), le risorse impiegate (*input*) e risultati ottenuti (*output*); così M. Nigro, *Lineamenti generali*, in G. Amato, A. Barbera (cur.), *Manuale di diritto pubblico*, III, *L'azione dei pubblici poteri*, Bologna, il Mulino, 1997, 35.

<sup>37</sup> In questi termini A. Pisaneschi, *Brevi considerazioni su efficienza del governo e riforme costituzionali*, in *Riv. AIC*, 4-2015, 12.

### 3. Verso la valorizzazione delle competenze nella vita dei partiti? Tracce minime di un percorso tutto da costruire.

Non è raro che il dibattito pubblico, e gli organi di stampa in particolare, si concentrino sulla utilità di valorizzare le competenze all'interno dei partiti<sup>38</sup> e, di conseguenza, sulle qualità utili o sui veri e propri requisiti necessari per candidarsi a ricoprire determinate cariche politiche<sup>39</sup>.

In alcuni casi, sono anche gli atti di strutturazione interna dei partiti a segnare qualche "traccia" di valorizzazione delle competenze e, più in generale, del merito tra i principi di propria organizzazione o, segnatamente, tra i criteri di selezione delle candidature. Sono però davvero pochi gli statuti che lo fanno in maniera esplicita e diretta. I riferimenti *meno tenui* si rinvengono negli statuti del Partito Democratico (art. 25) e di Italia Viva (art. 21).

Innanzitutto, essi prevedono che la selezione delle candidature per le assemblee rappresentative avvenga a ogni livello con il metodo delle primarie o, dove il sistema elettorale preveda l'espressione di preferenze, con altre forme di ampia consultazione democratica. Subito dopo si precisa che uno specifico regolamento approvato di volta in volta dalla Direzione nazionale (per il PD) o dal Comitato Nazionale (per Italia Viva) è chiamato a disciplinare le diverse modalità di selezione democratica dei candidati attenendosi ad alcuni principi tra i quali l'uguaglianza tra gli iscritti, la parità tra uomini e donne, il pluralismo politico, la pubblicità delle procedure, l'ineleggibilità in caso di cumulo di più mandati elettivi, la rappresentatività sociale, politica e territoriale dei candidati ma anche «il *principio del merito* che assicuri la selezione di candidati *competenti*, anche in relazione ai diversi ambiti dell'attività parlamentare e alle precedenti esperienze svolte» (corsivo aggiunto).

Si tratta di una delle rare occasioni in cui si dà rilievo espresso alle competenze tra gli elementi da prendere in considerazione per la individuazione dei migliori candidati: quelli capaci di vincere la sfida elettorale, ma anche di assumere le conseguenti responsabilità. Competenze che possono essere acquisite sia al di fuori

---

<sup>38</sup> A mero titolo esemplificativo si segnalano: G. Malatesta, *Classi politiche: ritornano le scuole di partito*, in *repubblica.it*, 20.4.2016 e M. Sarti, *L'incompetenza al potere. Abbiamo sfiduciato i politici, ci restano i dilettanti* in *linkiesta.it*, 19.1.2018; S. Fabbrini, F. Forquet, *L'ossessione dei contenuti e delle competenze*, in *ilsole24ore.com*, 26.9.2014.

<sup>39</sup> M. Gabanelli, S. Ravizza, *Regionali 2020, i curricula di tutti i candidati: ecco le loro vere competenze*, in *corriere.it*, 13.9.2020.

dell'attività politica o amministrativa, sia all'interno del partito stesso o attraverso precedenti esperienze o incarichi politici e amministrativi. In verità, all'interno dei regolamenti approvati in occasione delle varie tornate elettorali, non si ha alcuna concreta attuazione delle previsioni statutarie<sup>40</sup>, né tantomeno si rinviene alcuna traccia formale o comunque verificabile di una loro concreta applicazione. Essi, dunque, paiono rimanere mere enunciazioni di principio.

In alcuni casi, gli statuti prevedono specifici organismi o strutture di formazione politica. Nelle disposizioni finali dello statuto della Lega per Salvini Premier, per esempio, si stabilisce che le articolazioni territoriali regionali devono organizzare "Scuole Quadri permanenti" per la formazione politica dei militanti. La frequentazione di tali scuole è configurata come «requisito preliminare per la presa in esame delle candidature alle elezioni amministrative». A tal fine, i parlamentari e i consiglieri regionali devono prestare obbligatoriamente e gratuitamente la loro opera, a seconda delle proprie specifiche competenze, al fine di contribuire attivamente alla formazione dei tesserati all'attività amministrativa e politica. L'obiettivo è dunque chiaramente duplice: creare occasioni di formazione politica, ma anche dar vita a una sorta di condivisione e socializzazione delle esperienze, utile non solo al ricambio generazionale all'interno del partito ma anche a una vera e propria formazione politica strutturata, volta a fertilizzare in continuo l'*humus* del partito. Tuttavia, pure in questo caso alle previsioni statutarie, lodevoli, non sembrano corrispondere le necessarie iniziative sistematiche di attuazione.

In generale risultano ancora poche, anzi sporadiche, le occasioni in cui i partiti si pongono l'obiettivo di valorizzare concretamente, ossia effettivamente, le competenze. Assai più diffuse sono invece le "evocazioni". Ormai anche forze politiche che hanno fatto una bandiera della tesi dell'*uno vale uno* – cioè dell'assoluta prevalenza sulle conoscenze, competenze e capacità di un'eguaglianza *banalizzata* (meglio si direbbe *sfigurata*, se si ha a riferimento quella costituzionale) – avvertono

---

<sup>40</sup> Per esempio, l'art. 1 del Regolamento per la selezione delle candidature al Parlamento per le elezioni politiche 2018 del Partito democratico stabilisce che «il Segretario nazionale, valutate le proposte pervenute dai Segretari regionali e tenuto conto delle sollecitazioni dei territori e del pluralismo interno, delle posizioni dei Parlamentari uscenti e delle norme statutarie, propone alla Direzione nazionale le liste dei candidati alle elezioni Politiche 2018 per Camera e Senato – collegi uninominali e plurinominali».

l'esigenza (a dire il vero, piuttosto "a spot") di esibire grande attenzione verso la selezione di "supercompetenti"<sup>41</sup>.

Dunque, il panorama che si delinea già dalle prime analisi è poco incoraggiante.

La valorizzazione del merito *lato sensu* è professata sempre più diffusamente, ma la sua formalizzazione è tanto più rara e più blanda quanto maggiore è il grado di vincolatività degli atti, e ancora lontano pare il tempo in cui potrà divenire un obiettivo strutturale delle forze politiche; un obiettivo, cioè, che ciascuna di esse persegue in modo concreto e costante.

La sua realizzazione, dunque, resta affidata a esperienze sporadiche e a percorsi che in massima parte sono ancora tutti da tracciare, poi da intraprendere e finalmente seguire. Faticosamente e con determinazione.

#### **4. Formare e mantenere formata la classe politica come compito costituzionale dei partiti; sua valenza.**

Il dato esperienziale va sempre valutato in base al paradigma giuridico. È dunque necessario verificare se dalla Costituzione emergano profili prescrittivi o almeno di orientamento, in materia.

Si è invero già accennato che la formazione, anche continua, della classe politica è parte del ruolo costituzionale dei partiti, per come esso pare debba ricostruirsi a una lettura sistematica, che parta dall'art. 49. La loro partecipazione – da protagonisti del tutto preminenti<sup>42</sup> – alla determinazione della politica nazionale<sup>43</sup> si svolge infatti attraverso la scelta (affidata a essi di fatto assai più ampiamente che in via formale) di massima parte dell'*élite* governante. Di quella istituzionale, ovviamente; ma è appena

<sup>41</sup> Il riferimento, in particolare, è al Movimento5Stelle e a quanto annota S. Cassese, *Il buon governo. L'età dei doveri*, Milano, Mondadori, 2020, 128. Per qualche eco di stampa: A. Trocino, *Elezioni 2018, ultimo giorno per le liste. Di Maio: «Ecco la nostra squadra di supercompetenti»*, in *corriere.it*, 29.1.2018; C. Antini, *Elezioni, Luigi Di Maio: «I nostri candidati sono supercompetenti»*, in *iltempo.it*, 31.1.2018.

<sup>42</sup> Questo è un dato materiale più che giuridico. I partiti, infatti, hanno da subito esteso il proprio ruolo di condizionamento ben oltre quello, già lato, sancito (da essi stessi) nella Carta.

<sup>43</sup> Si potrebbe osservare che nell'art. 49 sono i cittadini, non i partiti, a essere garantiti e invero anche chiamati a concorrere alla politica nazionale. Ma, in effetti, lo sono proprio per mezzo dei partiti. Letteralmente. Il che implica che anche questi lo siano. Anzi che lo siano in via primaria, in quanto strumenti tipici della partecipazione politica dei cittadini. L'interpretazione qui accolta è stata avanzata ben presto dalla più autorevole dottrina: A. Predieri, *I partiti politici*, cit., 198-199, nt. 5; C. Esposito, *I Partiti nella Costituzione italiana*, cit., 231; L. Elia, *Realtà e finzione del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica* (1963), ora in Id., *Costituzioni, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, 110 s.

il caso di notare che influenze rilevanti e anche determinanti si espandono ben oltre i limiti del “politico”<sup>44</sup>. Tuttora<sup>45</sup>.

L'onere della scelta comprende, oltre alla responsabilità nella selezione iniziale, quella del mantenimento nel tempo dei requisiti e valori di qualità, conoscenza e competenza su cui i governanti si misurano o meglio dovrebbero essere misurati.

Dalla Carta emerge dunque un “compito” per i partiti: formare e conservare formata (ma anche informata) la “propria” classe politica<sup>46</sup>. Esso è fondamentale, in quanto è legato in un rapporto di *strumentalità strettamente necessaria* al principio democratico nella sua articolazione dell’*output*; alla democrazia, dunque, come governo per il popolo. Tuttavia, esso non si svolge in un obbligo giuridico-costituzionale *strictosensu*. Perché la Costituzione colloca i partiti nella sfera delle libertà e la formula dell’art. 49 – per come costruita, ma anche per quanto chiaramente emerge dai lavori costituenti – rende almeno assai problematica una funzionalizzante di essi<sup>47</sup> e far scaturire obblighi giuridici *addirittura impliciti*. I compiti di fare (e segnatamente quello – che qui direttamente rileva – di fornire e richiedere adeguata formazione permanente a chi si investe di responsabilità di “governo”) si collocano in ciò che si direbbe un’area assai più “rarefatta” del *diritto*: quella della promozione costituzionale. Questa si sostanzia in una sorta di esortazione a inverare lo spirito (democratico) della Costituzione, la cui valenza si ferma a quella del parametro di responsabilità politica (che solo in sede politica può

<sup>44</sup> Delle designazioni partitiche, l’inserimento nelle liste elettorali è solo la manifestazione più formale e, insieme a quello nella parte di spettanza delle compagini di governo in senso stretto che si sostengono, la più evidente. Ma molti sono i ruoli. E molte le modalità. Per rimanere alla sola area istituzionale vale solo accennare al tema delle “indicazioni”, più o meno formali, per i ruoli tecnici e amministrativi, che è da sempre e tuttora capillarmente praticata dai partiti, anche in netto contrasto con la Costituzione, che assegna loro uno spazio “confinato” all’indirizzo politico, talché oltre si ha mera «occupazione di carattere usurpativo»; L. Elia, *L’attuazione della Costituzione in materia di rapporti tra partiti e istituzioni* (1965), ora in Id., *Costituzioni*, cit., 134.

<sup>45</sup> ... anzi, in modo ancor più penetrante e invasivo che in ogni altra fase della vita repubblicana; così S. Staiano *Forma di governo e sistema dei partiti. Una ricerca necessaria (che deve continuare)*, in Id. (cur.), *Nella rete dei partiti*, Napoli, Jovene, 2014, VIII. Infatti, ciò che oggi si osserva venir meno non è affatto la partitocrazia, il che sarebbe un bene. Sono invece i partiti per ciò che dovevano essere, secondo il disegno costituzionale, e per un tempo sono stati: i fondatori e costruttori continui di un’unità politica inclusiva e partecipata; O. Massari, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3-2018, 1 ss., in part. 19 ss., M. Luciani, *Partiti e forma di governo*, ivi, 9-10.

<sup>46</sup> Ogni partito è responsabile delle proprie scelte di preposizione a cariche e ruoli, che peraltro certo non si risolvono né dovrebbero risolversi esclusivamente in scelte di capacità, sono infatti in sé anche «determinazione di indirizzi politici»; C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici* (1949), ora in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2-2015, 14.

<sup>47</sup> M. Luciani, *Partiti e forme di governo*, cit., 6.

essere fatta valere<sup>48</sup>) e del fondamento al sostegno finanziario pubblico delle attività necessarie a svolgere tali compiti. Il quale, dunque, risulta essere *più* che meramente legittimo; costituzionalmente consigliato. Sicché sarebbe quantomeno ragionevole prescrivere per gli stanziamenti pubblici ai *partiti* (ma così anche per quelli alle loro espressioni e articolazioni: *gruppi parlamentari e consiliari* specialmente) vincoli di destinazione, di modo che una parte adeguata di essi finanzi le attività che tali compiti di interesse generale direttamente eseguono. Le risorse collettive sarebbero così destinate al perseguimento di interessi della collettività *veri ed essenziali*, ma che nella partitocratica senza partiti restano troppo spesso e ampiamente negletti.

## **5. La disciplina nell'esercizio delle funzioni pubbliche (anche) come *téchne*.**

Rilievo in materia sembra debba riconoscersi anche a un'altra prescrizione costituzionale che però, questa volta, non si riferisce direttamente ai partiti, ma espressamente investe coloro a cui sono affidati pubblici uffici, nel senso più lato. E tra questi anche i titolari degli organi politici, quelli costituzionali compresi<sup>49</sup>. L'art. 54, co. 2, nello statuire quale corollario del principio di fedeltà alla Repubblica il dovere di assolvere alle funzioni pubbliche «con disciplina e onore», pare infatti sottendere l'essenzialità di talune caratteristiche per i "governanti". Giacché esso si risolverebbe in un mero richiamo retorico qualora non presupponesse (e dunque non implicasse) il dovere di non attribuire responsabilità pubbliche che soverchino le competenze e le esperienze acquisite o, quantomeno, acquisibili in un tempo ragionevole. Viceversa, l'indispensabile incontro dei doveri d'ufficio con la *téchne* e i saperi necessari per svolgerli adeguatamente risulterebbe assai improbabile<sup>50</sup>.

Il termine "disciplina", per avere un grado significativo di rilevanza giuridica, va infatti assunto in un senso ampio e arioso, atto a comprendere regolarità, ma anche

<sup>48</sup> Sul tema della responsabilità politica dei partiti e delle elezioni come strumento per farla valere v. G.U. Rescigno, di cui, recentemente, *Responsabilità politica e responsabilità giuridica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 3-2012, 347 ss., spec. 351.

<sup>49</sup> G.M. Salerno, *Art. 54*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 1075 ss., in part. 1083.

<sup>50</sup> G. Sirianni, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1-2012, 169 ss.

perizia, competenza, apprendimento continuo<sup>51</sup>; insomma tutte le qualità necessarie ad adempiere pienamente alle funzioni pubbliche affidate. E il dovere di operare “disciplinatamente” investe egualmente tutti coloro che svolgono funzioni pubbliche, anche quelle classicamente definite come libere nel fine, come ad esempio la funzione legislativa, e in generale quelle in cui più ampi sono gli spazi di determinazione discrezionale<sup>52</sup>.

La richiamata previsione costituzionale, però, si riverbera in compiti per i partiti politici<sup>53</sup>. Infatti, a questi implicitamente richiede *ex ante* di designare persone idonee, magari avendole essi stessi preparate nel tempo; *in itinere* di contribuire a raggiungere e mantenere (aggiornate) le necessarie competenze nel quadro della propria visione politica; *ex post* di valutare l’operato di coloro che hanno designato: se, cioè, questi hanno in effetti saputo dimostrare quella disciplina richiesta dalla Carta, insieme, però, alla permanente adesione attiva alla linea di partito<sup>54</sup>.

In conclusione, nella trama dei principi e dei valori del sistema, traspare l’intento di conciliare il più possibile i meccanismi del consenso e della partecipazione con la *téchne*, la capacità, la competenza: qualità che nella Costituzione chiaramente emergono come “richiesti” a coloro che sono chiamati a esercitare le pubbliche funzioni. Ma si tratta di una linea di mero orientamento, inidonea ad articolarsi, *ex se*, in prescrizioni puntuali, in veri e propri requisiti giuridici di accesso alle cariche politiche. Ed eventuali interventi normativi, anche auto-organizzativi, d’attuazione e svolgimento di tale orientamento dovrebbe far i conti, ovviamente, con l’indefettibile esigenza di garantire il pluralismo politico. Capacità e competenze, dunque, non

---

<sup>51</sup> Così G. Sirianni, *Le qualità*, cit., 205.

<sup>52</sup> Del resto, affidare funzioni pubbliche ad un inesperto, ad un dilettante, o addirittura ad uno sprovvisto non comporterebbe certamente conseguenze positive. In questa prospettiva, la norma sembra collegarsi anche all’art. 51 Cost. e se ne potrebbe estrarre un generale principio meritocratico, da integrare con altri principi di legittimazione democratica, destinato a trovare il suo svolgimento più deciso in tutti i casi in cui la Costituzione prescrive il concorso pubblico (art. 98), ma egualmente sussistente, anche se in forme diverse, nel caso in cui l’accesso agli uffici deve avvenire tramite elezione o per nomina. In questi termini ancora G. Sirianni, *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, cit., 204. Per una indagine più ampia sul principio del merito nella Costituzione sia consentito il rinvio a M. Salerno, *Contributo allo studio del principio costituzionale del merito*, Giappichelli, Torino, 2020.

<sup>53</sup> ... in una sorta di articolazione di maggior dettaglio del compito emergente dalla lettura sistemica dell’art. 49 Cost.; v. *supra* § 4.

<sup>54</sup> A tal proposito v. *supra* § 4. **Error! Bookmark not defined.**

possono costituire che *uno* dei criteri da porre a base delle designazioni partitiche. Non il solo<sup>55</sup>.

Al dovuto approccio sistematico, la Costituzione in definitiva rivela che la valorizzazione delle capacità, necessarie allo svolgimento dei ruoli politici, e pertanto della tecnica politica – frutto di faticoso apprendimento, anche continuo – è elemento essenziale di costruzione di una democrazia effettiva. Necessario, in quanto incide essenzialmente sull'*output*, ma non sufficiente, perché non può certo assorbire il fondamentale aspetto dell'*input*: della scelta (più o meno direttamente) popolare dei rappresentanti nella democrazia pluralistica.

I temi della competenza, della tecnica e più in generale del merito *in* politica restano però sfide costituzionali sostanzialmente ancora da aprire, giacché, al di là dei proclami, la classe politica sembra tuttora lontana dall'averle raccolte. Eppure nella realtà sempre più complessa delle comunità contemporanee il loro rilievo è certamente primario e nondimeno assai crescente.

---

<sup>55</sup> Così, di recente, E. Catelani, *La selezione per merito nelle istituzioni: iniziamo a parlarne*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (cur.), *70 anni dopo tra eguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2019, 73 e 78, ove, nel riferirsi a ruoli che potrebbero dirsi ad alta sensibilità politica, si qualifica la competenza tecnica come prerequisito, condizione necessaria ma non sufficiente.

# OSSERVATORIO SULLA 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 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 «produzione, 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.)

## **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 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 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. 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 ambientale-faunistica". 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).

(Massima di redazione, A.L.)

## **Corte costituzionale, sentenza 4 dicembre 2020 n. 265**

Nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 13, e 2, commi 4, 5 e 6, della legge della Regione Calabria 16 dicembre 2019, n. 56, recante «Adeguamento alla normativa nazionale. Modifiche alla legge regionale 7 dicembre 2009, n. 47 (Tutela e valorizzazione degli alberi monumentali, dei boschi vetusti, dei filari, delle alberate e della flora spontanea di alto pregio della Calabria)», promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, con ricorso notificato il 14-20 febbraio 2020, depositato in cancelleria il 21 febbraio 2020, iscritto al n. 23 del registro ricorsi 2020 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 13, prima serie speciale, dell'anno 2020.

### **Massima**

Dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 13, e 2, commi 4, 5 e 6, della legge della Regione Calabria 16 dicembre 2019, n. 56, recante «Adeguamento della normativa nazionale. Modifiche alla legge regionale 7 dicembre 2009, n. 47 (Tutela e valorizzazione degli alberi monumentali, dei boschi vetusti, dei filari, delle alberate e della flora spontanea di alto pregio della Calabria)», promosse, in riferimento all'art. 117, commi secondo, lettera s), e terzo, della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso indicato in epigrafe, a causa dell'insufficiente ricostruzione del quadro normativo di riferimento. Ciò in quanto le norme regionali impugnate vanno considerate alla luce del duplice intervento legislativo che la Regione Calabria ha svolto, prima con la legge regionale 25 gennaio 2019, n. 1, recante «Modifiche alla legge regionale 7 dicembre 2009, n. 47 e, quindi, con la citata legge reg. n. 56 del 2019, al fine di adeguare la legge reg. n. 47 del 2009 alle modifiche intervenute nella disciplina statale di riferimento. Prima della legge statale n. 10 del 2013 e del successivo decreto interministeriale 23 ottobre 2014, la protezione degli alberi monumentali veniva assicurata dalle numerose leggi regionali intervenute in materia, tra cui va annoverata anche la legge reg. n. 47 del 2009, dovendo tener conto anche della intervenuta soppressione del Corpo forestale dello Stato disposta dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 177. La Regione Calabria ha emanato la legge reg. n. 56 del 2019 allo scopo specifico di recepire, nell'ottica del principio di leale collaborazione tra Stato e Regione, alcuni rilievi formulati dal Governo in relazione alle norme di modifica della legge reg. n. 47 del 2009 introdotte dalla legge reg. n. 1 del 2019. In particolare, il nuovo testo dell'art. 4, commi 11 e 14, della legge reg. n. 47 del 2009, introdotto dalla legge reg. n. 56 del 2019, ha previsto, che gli interventi sugli alberi monumentali possono essere autorizzati dalle amministrazioni comunali solo previo il parere, obbligatorio e

vincolante, degli organismi territorialmente competenti. Dalla complessiva considerazione della disciplina statale posta a tutela degli alberi monumentali, è possibile, quindi, individuare due distinte tipologie di procedimento di autorizzazione agli interventi sugli alberi monumentali, connotate da diversi requisiti di legittimità. Nella prima ipotesi, contemplata nell'art. 7, comma 4, della legge n. 10 del 2013, ogni intervento consistente nell'abbattimento o nella modifica della chioma o dell'apparato radicale dell'albero monumentale è subordinato ad una autorizzazione comunale che può essere rilasciata soltanto «per casi motivati ed improcrastinabili», previo parere obbligatorio e vincolante dei competenti uffici del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, succeduti in questa competenza agli organi del Corpo forestale dello Stato ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 177 del 2016. Nella seconda, prevista dall'art. 9, comma 1, del decreto interministeriale 23 ottobre 2014 è, invece, stabilito che nell'eventualità in cui si rilevi «un pericolo imminente per la pubblica incolumità e la sicurezza urbana», l'amministrazione comunale può provvedere tempestivamente agli interventi necessari a prevenire e ad eliminare il pericolo, senza necessità di richiedere alcun parere, ma dandone immediata comunicazione agli organi competenti e predisponendo, ad intervento concluso, una relazione tecnica descrittiva della situazione e delle motivazioni che hanno determinato l'intervento. Pertanto, secondo la Corte l'omessa considerazione di tali disposizioni vizia irrimediabilmente l'impugnativa, in quanto non ricostruisce esattamente la disciplina della Regione Calabria posta a tutela degli alberi monumentali e non individua correttamente i diversi requisiti a cui la disciplina statale subordina, a seconda che ricorra o meno un pericolo imminente per la pubblica incolumità e la sicurezza urbana, i provvedimenti di intervento sugli alberi monumentali, nonché la relativa tipologia.

(Massima di redazione, CI)

## **Corte costituzionale, sentenza 1 dicembre 2020, n. 256**

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 15, comma 6-quinquies, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, in legge 30 luglio 2010, n. 122, promosso dal Tribunale regionale delle acque pubbliche presso la Corte d'appello di Venezia, nel procedimento vertente tra A2A spa, società incorporante della Edipower spa, e il Comune di Montereale Valcellina con ordinanza dell'11

giugno 2019, iscritta al n. 207 del registro ordinanze 2019 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 47, prima serie speciale, dell'anno 2019.

## **Massima**

È dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 136 Cost., l'art. 15, comma 6-quinquies, del d.l. n. 78 del 2010, conv., con modif., nella legge n. 122 del 2010, secondo cui le somme incassate dai Comuni, versate dai concessionari delle grandi derivazioni idroelettriche antecedentemente alla sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 2008, sono definitivamente trattenute dagli stessi Comuni. Con la sentenza indicata sono state dichiarate costituzionalmente illegittime varie disposizioni dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005, aventi ad oggetto un'articolata disciplina delle concessioni di grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico, tra cui la proroga decennale delle concessioni già esistenti (art. 1, comma 485), da cui era stata fatta altresì discendere l'illegittimità costituzionale, in particolare, del successivo comma 486, che aveva introdotto a carico dei concessionari un canone aggiuntivo unico. Sebbene, successivamente, la legge n. 208 del 2015 ha modificato la disposizione censurata dal Tribunale regionale delle acque pubbliche presso la Corte d'appello di Venezia - sopprimendo la sola previsione che autorizzava lo Stato a trattenere i canoni aggiuntivi unici ricevuti prima della sentenza n. 1 del 2008 - ha lasciato in vigore la previsione che abilita i Comuni a trattenere le somme ad essi versate in forza del citato art. 1, comma 486, cosicché la sostanza della volontà dello stesso legislatore è nel senso di raggiungere, con la nuova disciplina, un risultato corrispondente a quello dichiarato costituzionalmente illegittimo. (precedenti citati: sentenza n. 5 del 2017 e n. 205 del 2011).

(Massima Corte Costituzionale)

## **Corte costituzionale, sentenza 21 dicembre 2020, n. 272**

Nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 1, 2, e, in via consequenziale, 3, 4 e 5 della legge della Regione Marche 18 settembre 2019, n. 29 (Criteri localizzativi degli impianti di combustione dei rifiuti e del CSS), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 25-28 novembre 2019, depositato in cancelleria il 3 dicembre 2019, ed iscritto al n. 112 del registro ricorsi 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 51, prima serie speciale, dell'anno 2019.

## Massime

La violazione del giudicato costituzionale si ha ogni qual volta una disposizione di legge intende mantenere in vita o ripristinare, sia pure indirettamente, gli effetti della struttura normativa che aveva formato oggetto della pronuncia di illegittimità costituzionale

(Massima di redazione, AL)

È costituzionalmente illegittimo – per violazione dell’art. 117, secondo comma, lettera s) Cost. – l’art. 2 della legge della Regione Marche 18 settembre 2019, n. 29 (Criteri localizzativi degli impianti di combustione dei rifiuti e del CSS), con il quale il legislatore regionale ha predeterminato i criteri per l’individuazione, da parte delle Province, delle aree non idonee alla localizzazione degli impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti. La disposizione regionale, infatti, non è coerente con lo scopo – perseguito dall’art. 199, c. 5, cod. ambiente – di raggiungere un punto di sintesi in materia di pianificazione, adottando scelte non frazionate, ma sensibili al contesto di pianificazione al quale vengono a sovrapporsi. La stessa, al contrario, ricorre ad un divieto di localizzazione insensibile pianificazione regionale, oltre che frutto di una scelta lontana da ogni concreto apprezzamento in ordine alla conformazione del territorio marchigiano.

A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 2, l’intero testo della legge reg. Marche n. 29 del 2019 – esclusivamente riferita al divieto di localizzazione ora dichiarato incostituzionale – è divenuto privo di ogni significato giuridico e deve essere dichiarato incostituzionale, in via consequenziale, ai sensi dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

(Massima di redazione, AL)

## Corte costituzionale, sentenza 21 dicembre 2020, n. 276

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 7 della legge della Regione Lazio 22 ottobre 2018, n. 7 (Disposizioni per la semplificazione e lo sviluppo regionale), promosso dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio nel procedimento pendente tra il Consorzio Ecovillage e altri e il Comune di Marino e altro, con ordinanza del 19 novembre 2019, iscritta al n. 43 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 21, prima serie speciale, dell’anno 2020.

## Massime

Non è fondata la questione di costituzionalità dell'art. 7 della legge reg. Lazio n. 7 del 2018 – per violazione dell'art. 3 Cost. – nella parte in cui include nel parco regionale dell'Appia Antica un'area in cui ricade un progetto edificatorio già approvato dalla Regione, la cui realizzazione è preclusa dall'inserimento dell'area nel perimetro del parco. La sottoposizione a vincolo ambientale – quale è quello derivante dall'istituzione o ampliamento di un parco, in quanto diretto a conservare e proteggere il valore ambientale riconosciuto all'area interessata – mira a realizzare interessi di rango costituzionale, quali quelli protetti dall'art. 9, secondo comma, e dall'art. 32 Cost., che sono stati qualificati dalla giurisprudenza costituzionale come «valori costituzionali primari». Alla realizzazione di questo obiettivo non può opporsi l'eventuale approvazione di un progetto di trasformazione edilizia, che, ove realizzata, metterebbe a repentaglio il pregio ambientale dell'area e si porrebbe quindi in contraddizione con l'avvenuto riconoscimento del suo valore. L'aspettativa edificatoria dei privati non può dunque essere considerata un elemento idoneo a impedire il pieno esplicarsi della tutela del bene riconosciuto di valore ambientale.

(Massima di redazione, AL)

Non è fondata la questione di costituzionalità dell'art. 7 della legge reg. Lazio n. 7 del 2018 – per violazione dell'art. 42 Cost. – nella parte in cui non prevede un indennizzo per i proprietari di un'area inclusa nel parco regionale dell'Appia Antica in cui ricade un progetto edificatorio già approvato dalla Regione, la cui realizzazione è preclusa dall'inserimento nel perimetro del parco. È escluso, infatti, in coerenza con la costante giurisprudenza della Corte, che i limiti alla proprietà aventi finalità di tutela paesaggistica e, in senso lato, ambientale ricadano nell'ambito di applicazione dell'art. 42, terzo comma, Cost., abbiano cioè carattere espropriativo e richiedano per questo un indennizzo. A differenza dei vincoli di carattere urbanistico che derivano da scelte della pubblica amministrazione idonee a condizionare discrezionalmente le facoltà di godimento del bene, i vincoli di tipo ambientale sono espressivi di caratteristiche intrinseche del bene, di cui l'amministrazione si limita a registrare l'esistenza, e costituiscono attuazione di quanto previsto dall'art. 42, secondo comma, Cost., ossia della determinazione per legge del regime del diritto di proprietà. La legge che limita le facoltà edificatorie dei beni connotati da particolare pregio (culturale, artistico, paesaggistico, ambientale) non comporta infatti un'illegittima compressione del relativo diritto di proprietà, giacché «questo diritto è nato con il corrispondente limite e con quel limite vive» (sentenza n. 56 del 1968), e ciò tanto più assume rilievo quando si tratti della tutela degli interessi protetti dall'art. 9, secondo

comma, e dall'art. 32 Cost., qualificati come «valori costituzionali primari» dalla giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 126 del 2016).

(Massima di redazione, AL)

## **Corte costituzionale, sentenza 23 dicembre 2020, n. 281**

Nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 14, 45, comma 1, lettera b), 74, comma 3, e 88 della legge della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 8 luglio 2019, n. 9 (Disposizioni multisettoriali per esigenze urgenti del territorio regionale), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, con ricorso notificato il 6-17 settembre 2019 e depositato il 13 settembre 2019, iscritto al n. 98 del registro ricorsi 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 43, prima serie speciale, dell'anno 2019.

### **Massima**

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale – per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. – dell'art. 14, l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 9/2019, che modifica l'art. 5 l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 9/2005, n. 9 (Norme regionali per la tutela dei prati stabili naturali) ed introduce un termine di trenta giorni per la riduzione in pristino dello stato dei luoghi da parte dell'organizzatore, dopo le attività autorizzate ex art. 12 della l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 17/2009, concernente le manifestazioni motoristiche, ciclistiche e nautiche, con o senza mezzi a motore, anche a carattere amatoriale, per l'utilizzo temporaneo di beni del demanio idrico regionale funzionali all'organizzazione e allo svolgimento delle predette manifestazioni. Le disposizioni impugnate, infatti, sono compatibili con gli standard di tutela ambientale fissati dallo Stato riguardo alla conservazione degli habitat naturali, atteso che l'art. 5, comma 1, della l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 9/2005 prevede che qualsivoglia attività sui prati stabili deve «comunque avvenire compatibilmente con la disciplina comunitaria e nazionale in materia di conservazione della biodiversità». Da ciò discende che l'attività consentita dalle stesse non potrebbe comunque svolgersi in pregiudizio della disciplina sugli habitat naturali, né essere effettuata nei siti individuati dal d.P.R. n. 357 del 1997.

(Massima di redazione, AL)

# OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA CONTABILE

A cura di Luca Maria Tonelli

## CORTE DEI CONTI SEZ. GIURISD. REGIONE CALABRIA – 18 dicembre 2020, Sentenza n.417

**Categoria:** Pubblica amministrazione, Diritto processuale, Danno erariale | **Numero:** 417  
| **Data di udienza:** 1 Dicembre 2020

**DIRITTO PROCESSUALE – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE** – Art. 222 TUEL – Ripiano totale anticipazione di cassa concessa – Stato di dissesto finanziario – Art. 255, comma 10, TUEL – Art. 103, comma 2, Cost. – Giurisdizione contabile – Art. 172, lett. d), c.g.c.

---

**Provvedimento:** SENTENZA

**Sezione:**

**Regione:** CALABRIA

**Città:**

**Data di pubblicazione:** 18 Dicembre 2020

**Numero:** 259

**Data di udienza:** 1 Dicembre 2020

**Presidente:** Loreto

**Estensore:** Brunenghi

---

### Premassima

**DIRITTO PROCESSUALE – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE** – Art. 222 TUEL – Ripiano totale anticipazione di cassa concessa – Stato di dissesto finanziario – Art. 255, comma 10, TUEL – Art. 103, comma 2, Cost. – Giurisdizione contabile – Art. 172, lett. d), c.g.c.

## Massima

### **CORTE DEI CONTI SEZ. GIURISD. REGIONE CALABRIA, 18 dicembre 2020, Sentenza n.417**

**DIRITTO PROCESSUALE – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE** – Art. 222 TUEL – Ripiano totale anticipazione di cassa concessa – Stato di dissesto finanziario – Art. 255, comma 10, TUEL – Art. 103, comma 2, Cost. – Giurisdizione contabile – Art. 172, lett. d), c.g.c.

In base alla novella legislativa di cui all'art. 172 del codice di giustizia contabile, rientrano nella categoria residuale di cui alla lettera d), e dunque nella giurisdizione contabile, non soltanto “gli altri giudizi ad istanza di parte, previsti dalla legge”, ma – avendo aggiunto la locuzione “e comunque nelle materie di contabilità pubblica” – anche ogni rapporto e controversia complessivamente in materia di contabilità pubblica, quale è quello attinente al rapporto di tesoreria e alla anticipazione di cassa.

*Pres. Loreto, Est. Brunenghi – Comune di Cariati (Avv. Basta) c. BCC del Crotonese (Avv. Giudice)*

### **CORTE DEI CONTI SEZ. GIURISD. REGIONE LOMBARDIA – 7 ottobre 2020, Sentenza n.152**

**Categoria:** Diritto processuale, Pubblica amministrazione, Pubblico impiego, Danno erariale  
**Numero:** 152 | **Data di udienza:** 23 Settembre 2020

**DIRITTO PROCESSUALE – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE** – Giurisdizione della Corte dei conti – Violazione art. 53, commi 7 e 7 bis, D.Lgs. n. 165 del 2001 – Principio “*tempus regit actum*” – L. n. 190 del 2012 – **PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – LAVORO PUBBLICO** – Principio di esclusività delle prestazioni nel lavoro pubblico – Art. 98 Cost. – Attività vietate – Attività autorizzabili – Attività liberalizzate – Professori universitari a tempo pieno e a tempo definito – Art. 11, comma 5, D.P.R. n. 382 del 1980 – Art. 6, commi 9 e 10, L. n. 240 del 2010 – Dovere di esclusiva – Attività extramoenia non consentite – Obbligo di riversare le somme al datore di lavoro – **DIRITTO PROCESSUALE – DANNO ERARIALE** – Autonomia tra azione civile e azione erariale – *Ne bis in idem*.

**Provvedimento:** SENTENZA

**Sezione:**

**Regione:** Lombardia

**Città:**

**Data di pubblicazione:** 7 Ottobre 2020

**Numero:** 152

**Data di udienza:** 23 Settembre 2020

**Presidente:** Loreto

**Estensore:** Brunenghi

---

## Premassima

**DIRITTO PROCESSUALE – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE** – Giurisdizione della Corte dei conti – Violazione art. 53, commi 7 e 7 *bis*, D.Lgs. n. 165 del 2001 – Principio “*tempus regit actum*” – L. n. 190 del 2012 – **PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – LAVORO PUBBLICO** – Principio di esclusività delle prestazioni nel lavoro pubblico – Art. 98 Cost. – Attività vietate – Attività autorizzabili – Attività liberalizzate – Professori universitari a tempo pieno e a tempo definito – Art. 11, comma 5, D.P.R. n. 382 del 1980 – Art. 6, commi 9 e 10, L. n. 240 del 2010 – Dovere di esclusiva – Attività extramoenia non consentite – Obbligo di riversare le somme al datore di lavoro – **DIRITTO PROCESSUALE – DANNO ERARIALE** – Autonomia tra azione civile e azione erariale – *Ne bis in idem*.

---

## Massima

**CORTE DEI CONTI SEZ. GIURISD. REGIONE LOMBARDIA, 7 ottobre 2020 Sentenza n.152**

**DIRITTO PROCESSUALE – PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE** – Giurisdizione della Corte dei conti – Violazione art. 53, commi 6-7 *bis*, D.Lgs. n. 165 del 2001 – Principio “*tempus regit actum*” – L. n. 190 del 2012.

Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nei casi di espletamento di attività extralavorative remunerate e non autorizzate dal datore di lavoro da parte di un dipendente pubblico, quando questi rifiuti di riversare all’Amministrazione di appartenenza gli importi percepiti, ai sensi dell’art. 53, commi 7 e 7 *bis*. Ciò vale anche per gli importi percepiti anteriormente all’introduzione dei commi 7 e 7 *bis*, ad opera della L. n. 190 del 2012, nell’art. 53 del D.Lgs. n. 165 del 2001, dal momento che

tale innovazione ha carattere ricognitivo del pregresso indirizzo giurisprudenziale favorevole alla giurisdizione contabile.

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – LAVORO PUBBLICO – Principio di esclusività delle prestazioni nel lavoro pubblico – Art. 98 Cost. – Attività vietate – Attività autorizzabili – Attività liberalizzate – Professori universitari a tempo pieno e a tempo definito – Art. 11, comma 5, D.P.R. n. 382 del 1980 – Art. 6, commi 9 e 10, L. n. 240 del 2010 – Dovere di esclusiva – Attività extramoenia non consentite – Obbligo di riversare le somme al datore di lavoro.**

L'attività extramoenia svolta da un professore universitario in regime di tempo pieno, configurando un'attività libero-professionale, è assolutamente vietata ai professori universitari che scelgano tale regime, in base all'art. 6, comma 9, della L. n. 240 del 2010.

A fronte di tale divieto *ope legis*, lo stesso non può venir meno neppure a seguito di una eventuale autorizzazione o presa d'atto da parte del Rettore, in quanto un atto amministrativo (o un silenzio) non può derogare alla legge, consentendo ciò che la legge vieta. In tali casi, pertanto, il dipendente pubblico è tenuto a riversare le somme che ha percepito nell'esercizio di attività espressamente vietate dalla legge.

**DIRITTO PROCESSUALE – DANNO ERARIALE– Autonomia tra azione civile e azione erariale – *Ne bis in idem*.**

A seguito di un danno cagionato da un dipendente pubblico alla Pubblica Amministrazione è esperibile nei suoi confronti sia l'azione civile da parte dell'Amministrazione stessa, sia la doverosa e officiosa azione da parte della Procura contabile, con il limite del divieto della duplicazione delle pretese risarcitorie.

L'autonomia tra le due azioni emerge anche guardando alle diverse finalità delle stesse: l'azione contabile ha una funzione prevalentemente sanzionatoria e si caratterizza "combinazione di elementi restitutori e di deterrenza"; non implica necessariamente il ristoro completo del pregiudizio subito dal patrimonio dell'Amministrazione; richiede – a differenza dell'azione civile, per la quale è sufficiente la sola colpa – il dolo o la colpa grave; diversamente l'azione civile proposta dalle Amministrazioni interessate è finalizzata al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della singola Amministrazione attrice.

La diversità di funzione e di presupposti delle due azioni esclude, pertanto, che possa prospettarsi una violazione del principio del *ne bis in idem*.

*Pres. ed Est.: Tenore – Procuratore regionale (Pezzilli) c. E. Sartori (avv. Sticchi Damiani)*

# CORTE DEI CONTI SEZ. GIURISD. REGIONE CALABRIA – 7 agosto 2020, Sentenza n.259

**Categoria:** Pubblica amministrazione, Pubblico impiego **Numero:** 259 | **Data di udienza:** 27 Luglio 2020

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE** – Azione delittuosa di un dipendente pubblico – Danno all’immagine – Quantificazione equitativa – Nozione del danno erariale non patrimoniale – Bene giuridico tutelato – **PUBBLICO IMPIEGO** – Valutazione della condotta dall’agente – Art. 97 Cost. – Art. 1226 c.c. – Criteri – **Fattispecie:** art. 319 c.p. (corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio) – azione di responsabilità amministrativa per il diritto al risarcimento del danno – Danno all’immagine e danno pubblico – Lesione del buon andamento della P.A. – Elemento costitutivo illecito – Condotta illecita dei dipendenti – Lesione della credibilità ed affidabilità all’interno ed all’esterno dell’Amministrazione – Effetti e limiti del clamore mediatico – Giurisprudenza.

---

**Provvedimento:** SENTENZA

**Sezione:**

**Regione:** CALABRIA

**Città:**

**Data di pubblicazione:** 7 Agosto 2020

**Numero:** 259

**Data di udienza:** 27 Luglio 2020

**Presidente:** Loreto

**Estensore:** Brunenghi

---

## Premassima

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE** – Azione delittuosa di un dipendente pubblico – Danno all’immagine – Quantificazione equitativa – Nozione del danno erariale non patrimoniale – Bene giuridico tutelato – **PUBBLICO IMPIEGO** – Valutazione della condotta dall’agente – Art. 97 Cost. – Art. 1226 c.c. – Criteri – **Fattispecie:** art. 319 cp (corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio) – azione di responsabilità amministrativa per il diritto al risarcimento del danno – Danno all’immagine e danno pubblico – Lesione del buon andamento della P.A. – Elemento costitutivo illecito – Condotta illecita dei dipendenti – Lesione della credibilità ed affidabilità all’interno ed all’esterno dell’Amministrazione – Effetti e limiti del clamore mediatico – Giurisprudenza.

## Massima

### **CORTE DEI CONTI SEZ. GIURISD. REGIONE CALABRIA, 7 agosto 2020, Sentenza n.259**

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Azione delittuosa di un dipendente pubblico – Danno all’immagine – Quantificazione equitativa – Nozione del danno erariale non patrimoniale – Bene giuridico tutelato – PUBBLICO IMPIEGO – Valutazione della condotta dall’agente – Art. 97 Cost. – Art. 1226 c.c. – Criteri – Fattispecie: art. 319 c.p. (corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio) – azione di responsabilità amministrativa per il diritto al risarcimento del danno.**

Il danno all’immagine della Pubblica Amministrazione fa parte della categoria del cd. danno erariale non patrimoniale, inteso come grave perdita di prestigio a seguito del danno all’immagine e alla personalità pubblica dello Stato derivante dall’azione delittuosa di un suo dipendente. Il bene giuridico tutelato è – pertanto – il diritto all’immagine del soggetto pubblico, come proiezione verso l’esterno della propria personalità, anche giuridica, nella lettura necessariamente aperta dell’art. 2 Cost. In *secundis*, oggetto di tutela sono il prestigio e l’efficienza della Pubblica Amministrazione di cui all’art. 97 Cost., nonché la fiducia che i consociati stessi ripongono verso la sua azione, irreparabilmente compromessa dalla condotta *contra legem* dei propri dipendenti nell’esercizio delle proprie funzioni, di modo che il ristoro del danno, certo nell’*an*, non può che avvenire per equivalente economico, in misura equitativa, idonea a risarcire – sia pure per via indiretta – i valori costituzionali compromessi dalla condotta dall’agente.

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Danno all’immagine e danno pubblico – Lesione del buon andamento della P.A. – Elemento costitutivo illecito – Condotta illecita dei dipendenti – Lesione della credibilità ed affidabilità all’interno ed all’esterno dell’Amministrazione – Effetti e limiti del clamore mediatico – Giurisprudenza.**

Il danno all’immagine si atteggia quale “danno pubblico” in quanto lesione del buon andamento della P.A., la quale perde, con la condotta illecita dei suoi dipendenti, credibilità ed affidabilità all’interno ed all’esterno della propria organizzazione, ingenerando la convinzione che i comportamenti patologici posti in essere dai propri appartenenti siano un connotato usuale dell’azione dell’Amministrazione. Tuttavia, l’elemento costitutivo dell’illecito, è rappresentato essenzialmente dalla condotta accertata con sentenza penale irrevocabile di condanna. In ordine al clamore mediatico della notizia (documentata attraverso articoli tratti dal web), si ritiene di

regola che la risonanza mediatica e l'amplificazione del fatto operata dai mass-media, non integri la lesione del bene tutelato, indicandone semplicemente la dimensione, considerato che la diffusione mediatica della notizia non può non minare la fiducia dei cittadini nei confronti dell'istituzione.

*Pres. Loreto, Est. Brunenghi – Procura regionale (P.M. Dodaro) c. omissis*

## **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LOMBARDIA – 4 agosto 2020, sentenza n. 118**

**Categoria:** Danno erariale, Pubblica amministrazione **Numero:** 118 | **Data di udienza:** 20 Febbraio 2020

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE** – Procedimento di valutazione dell'attività dei dirigenti – Art. 7, comma 2 e art. 18, comma 2, D. Lgs. n. 150/2009 – Indennità di risultato – Erogazione del trattamento stipendiale accessorio – Azione di responsabilità erariale – Dies a quo del termine quinquennale di prescrizione dell'azione – Evento dannoso concreto, attuale e obiettivamente conoscibile – Art. 1, comma 2, L. n. 20/1994 – Art. 2935 c.c. – Responsabilità amministrativo-contabile

**Provvedimento:** Sentenza

**Sezione:**

**Regione:** Lombardia

**Città:**

**Data di pubblicazione:** 4 Agosto 2020

**Numero:** 118

**Data di udienza:** 20 Febbraio 2020

**Presidente:** Chirieleison

**Estensore:** Berretta

### **Premassima**

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE** – Procedimento di valutazione dell'attività dei dirigenti – Art. 7, comma 2 e art. 18, comma 2, D. Lgs. n.

150/2009 – Indennità di risultato – Erogazione del trattamento stipendiale accessorio – Azione di responsabilità erariale – Dies a quo del termine quinquennale di prescrizione dell’azione – Evento dannoso concreto, attuale e obiettivamente conoscibile – Art. 1, comma 2, L. n. 20/1994 – Art. 2935 c.c. – Responsabilità amministrativo-contabile

## Massima

### **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LOMBARDIA – 4 agosto 2020, sentenza n. 118**

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE – Procedimento di valutazione dell’attività dei dirigenti – Art. 7, comma 2 e art. 18, comma 2, D. Lgs. n. 150/2009 – Indennità di risultato – Erogazione del trattamento stipendiale accessorio – Azione di responsabilità erariale – Dies a quo del termine quinquennale di prescrizione dell’azione – Evento dannoso concreto, attuale e obiettivamente conoscibile – Art. 1, comma 2, L. n. 20/1994 – Art. 2935 c.c. – Responsabilità amministrativo-contabile.**

In materia di responsabilità amministrativo-contabile, ai sensi dell’art. 1, comma 2, L. n. 20 del 1994 e s.m.i., il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso, dalla data della sua scoperta. Per giurisprudenza consolidata della Corte dei conti, ai fini della decorrenza del termine prescrizione, in ossequio all’art. 1, comma 2, della L. n. 20 del 1994 e in correlazione all’art. 2935 c.c., non è sufficiente il compimento della condotta illecita, ma occorre altresì un evento dannoso avente i caratteri della concretezza, dell’attualità e della conoscibilità obiettiva da parte dell’Amministrazione danneggiata, che può intervenire anche successivamente ad eventuali esborsi finanziari ed a prescindere da occultamenti dolosi del danno erariale. Il dies a quo della prescrizione, inoltre, non può ragionevolmente farsi decorrere dalla data in cui soltanto i responsabili dell’illecito avevano la titolarità di far valere, in nome e per conto dell’Ente pubblico, l’eventuale credito risarcitorio generato dalla propria condotta, poiché «non v’è dubbio, [...] che, fintanto che la vicenda è rimasta confinata nella materiale conoscenza dei soli convenuti [...] nessuna possibilità aveva l’Amministrazione di intervenire per far valere la propria pretesa restitutoria. Una prospettazione che individui il dies a quo nella data dell’illecito rimborso avrebbe l’irragionevole effetto di considerare prescritta, a tutto vantaggio degli stessi responsabili, la pretesa restitutoria dell’erario» (C. conti, sez. giurisd. Lombardia, sent. n. 196 del 2018). La decorrenza del termine prescrizione decorrerà, pertanto, dal momento in cui il pregiudizio

erariale è stato accertato in sede ispettiva e portato a conoscenza dell'Amministrazione e della Procura contabile.

*Pres. Chirieleison, Est. Berretta, PM Pezzilli – D.B. (avv.ti De Martino e Molon) e A. S. (avv.ti Astolfi e Marzani)*

## **CORTE DEI CONTI, SEZ. II GIURISD. CENTRALE D'APPELLO – 4 agosto 2020, n. 176**

**Categoria:** Danno erariale, Diritto processuale civile, Pubblica amministrazione **Numero:** 176 | **Data di udienza:** 19 Settembre 2019

**DIRITTO PROCESSUALE CIVILE – DANNO ERARIALE** – Ricorso per revocazione di una sentenza della Corte dei Conti – Errore di fatto – Presupposti – Mancata allegazione – Inammissibilità del ricorso.

**Provvedimento:** Sentenza

**Sezione:** 2<sup>a</sup> giurisdizionale d'appello

**Regione:**

**Città:**

**Data di pubblicazione:** 4 Agosto 2020

**Numero:** 176

**Data di udienza:** 19 Settembre 2019

**Presidente:** Calamaro

**Estensore:** Chesta

### **Premassima**

**DIRITTO PROCESSUALE CIVILE – DANNO ERARIALE** – Ricorso per revocazione di una sentenza della Corte dei Conti – Errore di fatto – Presupposti – Mancata allegazione – Inammissibilità del ricorso.

## Massima

### **CORTE DEI CONTI, SEZ. II GIURISD. CENTRALE D'APPELLO – 4 agosto 2020, n. 176**

**DIRITTO PROCESSUALE CIVILE – DANNO ERARIALE – Ricorso per revocazione di una sentenza della Corte dei Conti – Errore di fatto – Presupposti – Mancata allegazione – Inammissibilità del ricorso.**

Per giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione, l'errore di fatto in grado di determinare la revocazione delle sentenze deve 1) consistere in una errata percezione del fatto, in una svista di carattere materiale, oggettivamente e immediatamente rilevabile, tale da avere indotto il giudice a supporre l'esistenza di un fatto la cui verità era esclusa in modo incontrovertibile, oppure a considerare inesistente un fatto accertato in modo parimenti indiscutibile; 2) essere decisivo, nel senso che, se non vi fosse stato, la decisione sarebbe stata diversa; 3) non cadere su di un punto controverso sul quale la Corte si sia pronunciata; 4) presentare i caratteri della evidenza e della obiettività, sì da non richiedere per essere apprezzato, lo sviluppo di argomentazioni induttive e di indagini ermeneutiche; 5) non consistere in un vizio di assunzione del fatto, né in un errore nella scelta del criterio di valutazione del fatto medesimo. Detto errore – pertanto – non solo deve apparire di assoluta immediatezza e di semplice e concreta rilevabilità, senza che la sua constatazione necessiti di argomentazioni induttive o di indagini ermeneutiche, ma non può tradursi in un preteso, inesatto, apprezzamento delle risultanze processuali, ovvero di norme giuridiche e principi giurisprudenziali, vertendosi, in tale caso, nella ipotesi di errore di giudizio, inidoneo a determinare la revocabilità delle sentenze della Cassazione (cfr., ex multis, Cass., sent. n. 6378 del 2019). È inammissibile, di conseguenza, il ricorso per revocazione di una sentenza della Corte dei conti quando in esso non vengono indicati, né tantomeno allegati, in concreto quale sia la supposizione del fatto, su cui si basa la decisione, la cui verità è incontrastabilmente esclusa, o – al contrario – ove il giudice abbia “supposto l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita”, così come è – parimenti – inammissibile il ricorso per revocazione, quando la doglianza riguarda un punto controverso sul quale il giudice di appello si è pronunciato e quando difetta dell'elemento della decisività.

*Pres. Calamaro, Est. Chesta – Omissis (avv.ti Bonaiuti e Chiabotto) c. Ministero della Difesa (dott.ssa Propersi)*

## **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE TOSCANA – 31 luglio 2020, n. 263**

**Categoria:** Danno erariale, Pubblica amministrazione **Numero:** 263 | **Data di udienza:** 1 Luglio 2020

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE** – Danno erariale – Costituzione dell'amministrazione danneggiata come parte civile nel processo penale – Pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento – Autonomia del giudizio contabile – Responsabilità amministrativa – Antiquiridicità della condotta – Sentenza penale irrevocabile di condanna – Art. 651 c.p.p. – Dolo contabile – Danno all'immagine – Quantificazione equitativa – Art. 1226 c.c. – Criteri.

**Provvedimento:** Sentenza

**Sezione:**

**Regione:** Toscana

**Città:** Firenze

**Data di pubblicazione:** 31 Luglio 2020

**Numero:** 263

**Data di udienza:** 1 Luglio 2020

**Presidente:** Galeota

**Estensore:** Bax

### **Premassima**

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE** – Danno erariale – Costituzione dell'amministrazione danneggiata come parte civile nel processo penale – Pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento – Autonomia del giudizio contabile – Responsabilità amministrativa – Antiquiridicità della condotta – Sentenza penale irrevocabile di condanna – Art. 651 c.p.p. – Dolo contabile – Danno all'immagine – Quantificazione equitativa – Art. 1226 c.c. – Criteri.

### **Massima**

**CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE TOSCANA – 31 luglio 2020, n. 263**

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Danno erariale – Costituzione dell'amministrazione danneggiata come parte civile nel processo penale – Pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento – Autonomia del giudizio contabile.**

Il pagamento da parte di un funzionario pubblico di una somma di denaro a titolo di risarcimento per i danni dallo stesso causati ad una Pubblica Amministrazione non esclude un successivo giudizio contabile per responsabilità amministrativo-contabile. Per consolidata giurisprudenza contabile, infatti, la costituzione dell'Amministrazione danneggiata come parte civile nel processo penale non preclude l'autonomo giudizio di responsabilità amministrativa, dal momento che solamente il giudicato civile di risarcimento del danno in misura superiore a quello stabilito in sede di giudizio contabile esclude il giudizio stesso.

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Responsabilità amministrativa – Antigiuridicità della condotta – Sentenza penale irrevocabile di condanna – Art. 651 c.p.p. – Dolo contabile.**

L'antigiuridicità della condotta assunta dal dipendente pubblico, ai fini della configurazione della responsabilità amministrativa, può essere accertata tramite sentenza penale irrevocabile di condanna – attesa la qualificazione della condotta resa in tale sede. Ai sensi dell'art. 651 c.p.p., infatti, «la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata in seguito di dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale. La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata a norma dell'art. 442, salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato» (cfr., ex multis, C. conti, sez. I centr., n. 9/2020 e, sez. III centr., n. 13/2020). Sussiste il dolo contabile, inoltre, se la condotta è stata posta in essere con la coscienza e volontà di violare gli obblighi di servizio.

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Danno all'immagine – Quantificazione equitativa – Art. 1226 c.c. – Criteri.**

Nel caso di accertata sussistenza di un danno all'immagine patito dalla Amministrazione per la quantificazione dello stesso, si può ricorrere alla quantificazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile seguendo congiuntamente tre criteri: a) oggettivo (che considera la gravità dell'illecito in riferimento agli effetti sull'azione amministrativa), soggettivo (che tiene conto della posizione che il convenuto rivestiva all'interno dell'ente) e sociale (relativo al clamore

suscitato nell' opinione pubblica locale dai fatti in questione ed all'impressione che esso ha suscitato nell'opinione pubblica): così anche C. conti, Sez. I centr., n. 476/2015. Il collegio, in adesione alla pacifica giurisprudenza contabile, rileva che la diffusione della notizia (clamor fori) costituisca il modo attraverso cui viene arrecato nocumento alla reputazione ed alla onorabilità dell'ente pubblico in conseguenza dell'effetto perpetrato dal proprio dipendente.

*Pres. Galeota, Est. Bax – Procura regionale (P.M. Dainelli) c. T. (avv. Pali)*

## **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 26 luglio 2020, sentenza n. 258**

**Categoria:** Danno erariale, Pubblica amministrazione **Numero:** 258 | **Data di udienza:** 7 Luglio 2020

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE** – Giurisdizione della Corte dei Conti – Responsabilità contabile degli amministratori di associazioni o altri enti privati destinatari di fondi pubblici – Contributi comunitari diretti ed indiretti – Prescrizione del diritto al risarcimento del danno – Rapporto di servizio – Funzionalizzazione delle risorse pubbliche indebitamente percepite o non correttamente utilizzate.

---

**Provvedimento:** Sentenza

**Sezione:**

**Regione:** Calabria

**Città:**

**Data di pubblicazione:** 26 Luglio 2020

**Numero:** 258

**Data di udienza:** 7 Luglio 2020

**Presidente:** Loreto

**Estensore:** Facciorusso

---

### **Premassima**

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE** – Giurisdizione della Corte dei Conti – Responsabilità contabile degli amministratori di associazioni o altri enti privati

destinatari di fondi pubblici – Contributi comunitari diretti ed indiretti – Prescrizione del diritto al risarcimento del danno – Rapporto di servizio – Funzionalizzazione delle risorse pubbliche indebitamente percepite o non correttamente utilizzate.

## **Massima**

### **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 26 luglio 2020, sentenza n. 258**

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – DANNO ERARIALE – Giurisdizione della Corte dei Conti – Responsabilità contabile degli amministratori di associazioni o altri enti privati destinatari di fondi pubblici – Contributi comunitari diretti ed indiretti – Prescrizione del diritto al risarcimento del danno – Rapporto di servizio – Funzionalizzazione delle risorse pubbliche indebitamente percepite o non correttamente utilizzate.**

Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti a giudicare sui c.d. contributi comunitari diretti ed indiretti, in quanto in entrambi i casi tra l'Amministrazione erogante e la persona fisica o giuridica destinataria della risorsa pubblica si instaura un rapporto di servizio di tipo funzionale o anche semplicemente un rapporto di fatto che, in tutti i casi di indebita percezione, distrazione o cattiva utilizzazione, per la natura del danno arrecato all'Ente pubblico risulta idoneo a radicare la giurisdizione contabile. Spetta alla Corte dei conti la giurisdizione in ordine alla responsabilità contabile degli amministratori di associazioni o altri enti privati destinatari di fondi pubblici, in quanto il rapporto di servizio non viene instaurato dall'Amministrazione erogante solo nei confronti della società o dell'Ente, ma anche nei confronti dei loro amministratori. Il principio dell'estensione della giurisdizione contabile anche agli amministratori e ai rappresentanti legali degli Enti privati destinatari di risorse pubbliche è stato ribadito anche dal giudice del riparto – Corte di Cassazione –, che ha valorizzato il rilievo assunto dal rapporto di servizio comunque instauratosi con l'Ente pubblico danneggiato e il correlato profilo di "funzionalizzazione" delle risorse pubbliche indebitamente percepite o non correttamente utilizzate.

*Pres. Loreto, Est. Facciorusso, PM Pallone – F. G. (avv. Zicarelli)*

# CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 24 luglio 2020, sentenza n. 257

**Categoria:** Danno erariale, Pubblica amministrazione **Numero:** 257 | **Data di udienza:** 7 Luglio 2020

**RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA** – Autonomia dell'azione giuscontabile rispetto all'azione penale – Elementi costitutivi della responsabilità amministrativa – Rapporto di servizio – Occasionalità necessaria – Sussistenza della condotta contestata – Elemento soggettivo – **DANNO ERARIALE** – Incentivi economici – Indennità di risultato – artt. 3 e 4 D. Lgs. n. 150 del 2009 – Ciclo di gestione della performance – Conflitto di interesse – Duplice posizione di soggetto valutatore dei livelli di performance e soggetto valutato – Omessa astensione – Dovere di astensione – Violazione art. 97 Cost., art. 6 bis L. n. 241 del 1990, artt. 3, 7 e 13 D.P.R. n. 62 del 2013.

---

**Provvedimento:** Sentenza

**Sezione:**

**Regione:** Calabria

**Città:**

**Data di pubblicazione:** 24 Luglio 2020

**Numero:** 257

**Data di udienza:** 7 Luglio 2020

**Presidente:** Loreto

**Estensore:** Facciorusso

---

## Premassima

**RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA** – Autonomia dell'azione giuscontabile rispetto all'azione penale – Elementi costitutivi della responsabilità amministrativa – Rapporto di servizio – Occasionalità necessaria – Sussistenza della condotta contestata – Elemento soggettivo – **DANNO ERARIALE** – Incentivi economici – Indennità di risultato – artt. 3 e 4 D. Lgs. n. 150 del 2009 – Ciclo di gestione della performance – Conflitto di interesse – Duplice posizione di soggetto valutatore dei livelli di performance e soggetto valutato – Omessa astensione – Dovere di astensione – Violazione art. 97 Cost., art. 6 bis L. n. 241 del 1990, artt. 3, 7 e 13 D.P.R. n. 62 del 2013.

---

## Massima

### **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE CALABRIA – 24 luglio 2020, sent. n. 257**

**RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA – Autonomia dell'azione giuscontabile rispetto all'azione penale – Elementi costitutivi della responsabilità amministrativa – Rapporto di servizio – Occasionalità necessaria – Sussistenza della condotta contestata – Elemento soggettivo.**

La peculiare finalità della responsabilità amministrativo contabile, tesa ad imputare a singoli dipendenti il giusto importo del danno (diretto o indiretto) arrecato alla PA per condotte attive o omissive, evidenzia la sua ontologica differenza dalla responsabilità penale, che ha il diverso scopo di tutelare valori dell'intera collettività a fronte di violazioni di maggiore offensività, nonostante talune affinità (finalità preventive e repressive in entrambe, comuni principi quali la personalità e non trasmissibilità della responsabilità, la proporzionalità punitiva, il contraddittorio, etc.) e nonostante in molteplici casi entrambe le responsabilità possano trovare la loro scaturigine da un medesimo fatto storico. Ne discende che, salvi i casi eccezionali di cd. pregiudiziale penale (che allo stato riguarda il solo danno all'immagine della P.A., e nemmeno nella totalità dei casi), l'azione giuscontabile esibisce tratti di assoluta autonomia rispetto all'azione penale tanto sul piano processuale (sicché in linea di principio la previa condanna penale non è condizione di procedibilità dell'azione erariale) quanto sul piano sostanziale (il che val quanto dire che gli elementi costitutivi della fattispecie di danno erariale non coincidono con quelli della fattispecie  incriminatrice  penale). Per aversi responsabilità amministrativa non è sufficiente che l'autore dell'illecito sia legato all'Amministrazione da un rapporto di servizio, ma è altresì necessario che il fatto causativo del danno trovi, nell'espletamento del servizio, la sua "occasione necessaria", un nesso imprescindibile, tale da ritenere che la condotta non avrebbe potuto essere realizzata se il dipendente non avesse ricoperto tale funzione.

**DANNO ERARIALE – Incentivi economici – Indennità di risultato – Artt. 3 e 4 D. Lgs. n. 150 del 2009 – Ciclo di gestione della performance – Conflitto di interesse – Duplice posizione di soggetto valutatore dei livelli di performance e soggetto valutato – Omessa astensione – Dovere di astensione – Violazione art. 97 Cost., art. 6 bis L. n. 241 del 1990, artt. 3, 7 e 13 D.P.R. n. 62 del 2013.**

Il dovere di astensione in presenza di un conflitto di interessi sussiste anche nelle ipotesi in cui manchi una disciplina specifica e anche quando non vi sia stata un'autonoma presa di posizione dell'Amministrazione sul punto. Di conseguenza, a

nulla vale obiettare che nessun conflitto di interessi sia mai stato eccepito dall'Amministrazione. Il divieto di autovalutazione da parte del dirigente, ai fini della liquidazione dell'indennità di risultato, rappresenta un principio insito nel sistema, soprattutto a seguito del D. Lgs. n. 150 del 2009.

*Pres. Loreto, Est. Facciorusso. PM Di Pietro – omissis (avv. Bombardieri)*

## **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LAZIO – 27 maggio 2020, n. 204**

**Categoria:** Danno erariale, Pubblica amministrazione **Numero:** 204 | **Data di udienza:** 24 Ottobre 2019

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE** – Responsabilità amministrativo-contabile – Sospensione del giudizio – Applicabilità degli artt. 295 c.p.c. e 106 c.g.c. – Limiti – **DANNO ERARIALE** – Responsabilità sanitaria – Giudicato penale – Giudice contabile – Diversa valutazione dell'elemento soggettivo della responsabilità.

---

**Provvedimento:** Sentenza

**Sezione:**

**Regione:** Lazio

**Città:** Roma

**Data di pubblicazione:** 27 Maggio 2020

**Numero:** 204

**Data di udienza:** 24 Ottobre 2019

**Presidente:** Bombino

**Estensore:** Di Stazio

---

### **Premassima**

**PUBBLICA AMMINISTRAZIONE** – Responsabilità amministrativo-contabile – Sospensione del giudizio – Applicabilità degli artt. 295 c.p.c. e 106 c.g.c. – Limiti – **DANNO ERARIALE** – Responsabilità sanitaria – Giudicato penale – Giudice contabile – Diversa valutazione dell'elemento soggettivo della responsabilità.

## Massima

### **CORTE DEI CONTI, SEZ. GIURISD. PER LA REGIONE LAZIO – 27 maggio 2020, n. 204**

#### **PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – Responsabilità amministrativo-contabile – Sospensione del giudizio – Applicabilità degli artt. 295 c.p.c. e 106 c.g.c. – Limiti.**

Il giudizio contabile è indipendente rispetto al giudizio civile, penale e amministrativo, con la conseguenza che, l'assenza di qualsiasi nesso di pregiudizialità giuridica tra detti giudizi rende, di norma, inapplicabile al processo contabile, l'istituto della sospensione ex art. 295 c.p.c., in attesa della definizione dei giudizi che si svolgono in altre sedi. Non può essere nemmeno richiesta l'applicazione della previsione di cui all'art. 106 del c.g.c., che presuppone la pendenza di simultanei processi tra i quali intercorra un "vincolo di consequenzialità", se sui fatti oggetto del giudizio contabile si è già formato un giudicato penale.

#### **DANNO ERARIALE – Responsabilità sanitaria – Giudicato penale – Giudice contabile – Diversa valutazione dell'elemento soggettivo della responsabilità.**

L'accertamento dei fatti e della condotta del medico in sede di procedimento penale non può vincolare il giudice contabile, così come il giudice del processo civile, chiamati alla diversa valutazione dei possibili danni arrecati al paziente dalla condotta del medico. Ciò sull'assunto che mentre la tutela giurisdizionale civile garantisce una reazione alla violazione dei diritti della persona, il processo penale non solo persegue l'obiettivo di applicare la legge penale alla fattispecie concreta, ma «riveste una ben più ampia funzione politico-assiologica di tutela di tutti i valori e gli interessi in gioco, a partire dai diritti fondamentali dell'imputato». Conseguendo da quanto sopra osservato che il giudicato penale non preclude sia al giudice del risarcimento, sia al giudice contabile di operare una diversa valutazione dell'elemento soggettivo della responsabilità, pur essendo precluso un nuovo accertamento con una diversa ricostruzione dei fatti come accertati dal giudice penale.

*Pres. Bombino, Est. Di Stazio – Procura regionale (P.M. Crea) c. B. (avv. Montesano Cancellara) e C. (avv. Ammendola)*



### **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. È 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 sottosectori 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<sup>©®</sup>**

**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](http://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.